Über Klagen in eventueller Fassung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Königlichen Eberhard-Karls-Universität Tübingen
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Ludwig Keßler
Referendar in Stuttgart.

Munz & Geiger, Stuttgart.
1911.

Genehmigt auf Antrag des Referenten,
Professor Dr. v. **Rümelin,**
am 22. Juni 1911.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Der Begriff des Anspruchs in der Zivilprozeßordnung. Anspruchseinheit und Anspruchsmehrheit 3

§ 2. Die Klage im formellen und im materiellen Sinn. Bedingte Klageerhebung i. S. bedingter Rechtshängigmachung 14

A. Eventualität innerhalb des einheitlichen Anspruchs.

§ 3. Mehrheit der rechtlichen Begründung 21

§ 4. Eventuelle Tatsachenbehauptung 22

§ 5. Mehrheit der Gesuche bei Einheit des Anspruchs 25

B. Die eventuelle Anspruchshäufung.

§ 6. Die einzelnen Möglichkeiten einer eventuellen Anspruchshäufung . 37

§ 7. Eventuelle Einklagung von Ansprüchen, die nicht eine wirtschaftliche Einheit bilden 40

§ 8. Die Elektivität 43

§ 9. Die Eventualität im eigentlichen Sinn 61

§ 10. Die Ersatzklagen 99

Literaturnachweis 115

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547023_0097

Einleitung.

Das Verbot der Klageänderung in der deutschen Zivilprozeßordnung hat den an sich schon bestehenden Gegensatz zwischen den prozessualen Interessen des Klägers und denen des Beklagten in einer Weise verschärft, daß bis heute der Kampf der Meinungen nicht zur Ruhe gekommen ist. Dem Interesse des Staats und des Beklagten an einer geordneten, in feste Bahnen gelenkten Rechtsverfolgung steht gegenüber das Interesse des Klägers an möglichst geringem Mühe-, Zeit- und Kostenaufwand, mit dem sich auch hier ein staatliches Interesse, nämlich das Interesse an Vereinfachung der Rechtspflege und Verminderung der Prozesse, verbindet. Während jener ersterwähnte Interessenkreis eben durch das Verbot der Klageänderung genügend geschützt erscheint, scheint der zuletzt genannte durch dasselbe Verbot nicht unerheblich verletzt zu sein. So kommt es, daß seitens der klagenden Partei immer und immer wieder der Versuch gemacht wird, das Verbot der Klageänderung dadurch zu umgehen, daß alle in Gegenwart und Zukunft als feststehend oder als nur möglich in Betracht kommenden Tatumstände und Anträge von Anfang an gleichzeitig geltend gemacht werden, um auf diese Weise den gesamten Stoff, der unter irgend einem Gesichtspunkt für das vom Kläger verfolgte Recht von Erheblichkeit sein könnte, auf einmal der richterlichen Entscheidung zu unterbreiten. Und weil ein solches Verfahren, wenigstens auf den ersten Blick, auch der Prozeßvereinfachung und -Verringerung zu dienen scheint, so hat es auch die Rechtsprechung von jeher in mehr oder weniger weitem Umfang zugelassen.

Für alle derartigen vorsorglichen Klagen ist bezeichnend die Verwendung des Wortes „eventuell“. Man stellt „eventuelle“

Anträge oder man hat für den an sich einheitlichen Antrag verschiedene „eventuelle“ Begründungen in Bereitschaft usw. Was dieses „eventuell“ eigentlich heißen und welches prozessuale Schicksal damit heraufbeschworen werden soll, darüber sind sich die Kläger selbst häufig unklar und auch in der Wissenschaft herrscht über diese Frage keine Einigkeit. In der Tat werden hierdurch auch die verschiedensten prozessualen Verhältnisse geschaffen.

Im folgenden soll versucht werden, die großen Gruppen, in welche sich das weite Gebiet derartig gefaßter Klagen gliedern läßt, sowie die Grundzüge ihrer prozessualen Behandlung darzulegen.

Die Behandlung der eventuellen Widerklage sowie der eventuellen Rechtsmitteleinlegung, die an sich demselben Zusammenhang angehören, wird hierbei jedoch außer Betracht bleiben, da bei beiden zum Teil ganz andere Gesichtspunkte in Betracht kommen und insbesondere bei der eventuellen Widerklage in der Behandlung ihrer Abgrenzung von bloß eventueller Verteidigung des Beklagten und in der Prüfung der auf eine Eventualaufrechnung gestützten Widerklage die Erörterung von Spezialfragen notwendig wird, welche den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde.

§ 1.

Der Begriff des Anspruchs in der Zivilprozeßordnung. Anspruchseinheit und Anspruchsmehrheit.

Allen Fällen der schlechthin sogenannten Eventualklagen ist ein Doppeltes gemeinsam: einmal, daß der Kläger verschiedene für den Prozeß in irgend einer Richtung erhebliche Faktoren ins Verhältnis von „entweder — oder" setzt und sodann, daß er das Gericht bei der Entscheidung der ihm hierdurch gestellten Wahl an eine bestimmte Reihenfolge gebunden wissen will, insofern der eventuelle Gesichtspunkt für ihn erst nach Erledigung des in erster Linie geltend gemachten Interesse gewinnt. Im übrigen aber geht das juristische Wesen derartiger Klagen weit auseinander, je nach der rechtlichen Natur der ins Eventualverhältnis gesetzten Faktoren. Diese können sehr verschiedener Art sein. Man kann unterscheiden eine eventuelle Verbindung:

1. mehrerer Tatsachenbehauptungen, wobei wieder zwischen wesentlichen und unwesentlichen Tatbestandsbehauptungen unterschieden werden kann;
2. mehrerer vom Kläger in Anspruch genommener Rechtsfolgen, bezw. mehrerer Modifikationen einer und derselben Rechtsfolge, beides im Prozeß durch eine Mehrheit der Klaganträge zum Ausdruck gebracht;
3. mehrerer rechtlicher Begründungen der Klage und endlich
4. eine solche Klage, bei welcher die eventuelle Verbindung mehrerer tatsächlicher Behauptungen mit derjenigen mehrerer Klaganträge und mehrerer rechtlichen Klagbegründungen zusammentrifft.

Erstes Erfordernis für die Gewinnung eines Urteils über die rechtliche Behandlung derartiger Fälle ist ihre Sonderung bezw.

Zusammenfassung nach den einheitlichen Gesichtspunkten, welche für eine grundlegende Gruppierung etwa in Betracht kommen können.

Frühere Gruppierungsversuche unterschieden hierbei, hauptsächlich auf Grund der mangelhaften Terminologie und teilweise auch beeinflußt durch die Kasuistik der Zivilprozeßordnung, vor allem aber im Anschluß an die Gestaltung des gemeinen Rechts, zwischen der eventuellen Verbindung mehrerer Klaganträge einerseits und der eventuellen Häufung mehrerer, sich auf denselben Antrag beziehender klagbegründender Tatsachen andererseits. Der erstere Fall wurde durchweg als Anspruchs- bezw. Klagenhäufung im Sinne des § 260 CPO. aufgefaßt und entsprechend behandelt, während im zweiten Fall mangels einer Mehrheit von Klaganträgen das Vorliegen einer Anspruchshäufung verneint und lediglich die für die Erhebung der einfachen Klage maßgebenden Bestimmungen herangezogen wurden. Auf diesem Standpunkt stehen: Eccius, S. 142, 143; Petersen, S. 495, 506, 507; Gaupp-Stein, Bemerkung II zu § 260; Struckmann-Koch, Note 7 zu § 260; Petersen, Kommentar, Bemerkung zu § 260, Reichsgericht, Entsch. 42, S. 406, 45, S. 320, 50, S. 278; Seufferts Archiv 42, S. 470; Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 11, S. 179. Dieser Auffassung sind jedoch Lämmert S. 434 und 435 und ihm folgend die Kommentare von Seuffert (Bemerkung zu § 260) und Wilmowski-Levy (Bemerkung zu § 232, 136 a. F.), sowie das Lehrbuch von Schmidt und neuerdings Hellwig in seinem Lehrbuch I, S. 263, 270, Note 9 entgegengetreten. Die genannten Schriftsteller gehen auf den Gegenstand des Prozesses zurück und suchen nach dem gegenseitigen Verhältnis der erhobenen materiellrechtlichen Ansprüche zu gruppieren, indem sie nicht nur in der Verbindung mehrerer Klaganträge, sondern auch in der Häufung mehrerer selbständiger Klagegründe eine Anspruchshäufung im Sinne des § 260 CPO. erblicken. Denselben Standpunkt vertritt in der Praxis, allerdings in gewissem Widerspruch mit der übrigen Rechtsprechung, Reichsgericht, Entscheidungen 27, S. 386, 387.

Was diesen beiden Lösungen gemeinsam ist, ist einmal die richtige Erkenntnis, daß das Eventualverhältnis anderer Natur ist,

je nachdem es innerhalb eines und desselben Anspruchs auftritt oder sich auf das gegenseitige Verhältnis mehrerer selbständiger Ansprüche bezieht, und sodann im Anschluß hieran das Streben, eine durchgreifende Abgrenzung der Anspruchseinheit von der Anspruchsmehrheit zu schaffen. Allein grundverschieden sind beide Gruppen in ihren konstruktiven Ausgangspunkten: die erste bedient sich rein prozessualer Individualisierungsmerkmale und stellt daher einen rein prozessualen Anspruchsbegriff auf, während die zweite Gruppe im Gegensatz hierzu von einem materiell-rechtlichen, nach materiellen Gesichtspunkten individualisierten Anspruchsbegriff ausgeht.

Welche Gruppe hat nun Recht? Die Antwort lautet: beide und auch wieder keine. Beide, insofern zweifellos beide Individualisierungsmöglichkeiten sich aus der Zivilprozeßordnung begründen lassen; keine, insofern weder die eine noch die andere Individualisierungsmöglichkeit sich streng ausschließlich und ohne Berücksichtigung der anderen durchführen läßt.

Die Zivilprozeßordnung verwendet den Begriff „Anspruch", wie Wach, Handbuch S. 293 ff. nachgewiesen hat, nicht in einheitlichem Sinn. Sie versteht unter „Anspruch" (wenn wir den Wachschen Begriff des „Rechtsschutzanspruchs" hier vollständig aus dem Spiele lassen) einmal das den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung bildende, dem materiellen Recht angehörige Rechtsverhältnis, also den Prozeßgegenstand im Sinne des behaupteten materiell-rechtlichen Anspruchs[1], wobei allerdings der Anspruchsbegriff nicht auf den engen Begriff des § 194 BGB. beschränkt werden darf, vielmehr in einem für das gesamte Prozeßgebiet verwendbaren und daher die Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklage deckenden Sinne aufgefaßt werden muß, nämlich als die vom Kläger in irgend einer Richtung für sich in Anspruch genommene materielle Rechtsposition[2]. Auf der anderen Seite geht die Zivilprozeßordnung in anderem Zu-

[1] So Wach, Handbuch S. 293 ff., Schmidt, Lehrbuch, S. 299, Hellwig, Anspr., S. 156.

[2] Hellwig, Anspruch, S. 154 ff.

sammenhang von einem rein prozessualen Anspruchsbegriff aus, nach welchem der „Anspruch“ lediglich das im Prozeß „Beanspruchte“, d. h. den Gegenstand der konkreten Urteilsbitte, das Petitum bedeutet.

1. Der Anspruch im Sinne des materiellrechtlichen Prozeßgegenstands.

Dieser Anspruchsbegriff steht überall da in Frage, wo es sich um die Identifizierung des materiellen Rechtsverhältnisses handelt, welches durch die Klageerhebung dem Prozeß unterworfen und von der autoritativen Entscheidung des Gerichts betroffen wird; in diesem Sinne spricht die Zivilprozeßordnung von „Anspruch“, z. B. in § 253 (Klageerhebung), 322 (Rechtskraft), synonym von „Streitsache“ in § 263 (Rechtshängigkeit)[1].

Die Identität des Anspruchs in diesem Sinne und seine Individualität im Verhältnis zu anderen Ansprüchen desselben Begriffs wird vom Standpunkt der Substantiierungstheorie, auf den wir uns ohne weitere Erörterung als auf den in der Praxis herrschenden stellen, bestimmt durch zwei Faktoren: durch den „Tatbestand“ auf der einen und die aus ihm abgeleitete „Rechtsfolge“ auf der anderen Seite. Hierbei ist der Tatbestand in diesem engsten, anspruchbegründenden Sinne die Summe derjenigen einzelnen tatsächlichen Momente, welche zur Begründung einer individuellen Rechtsposition einerseits erforderlich, andererseits aber auch ausreichend sind, als der geringste zur Erschöpfung irgend einer vom objektiven Recht anerkannten subjektiven Rechtsposition des Klägers erforderliche Tatsachenkomplex. Daraus folgt, daß aus einem Tatbestand objektiv betrachtet immer nur eine bestimmte Rechtsposition, ein „Anspruch“ abgeleitet werden kann, daß umgekehrt aber auch ein rechtlich überhaupt relevanter Tatsachenkomplex stets zu einem Anspruch führen muß, daß also jedem einheitlichen Tatbestand ein selbständiger Anspruch

[1] Siehe Weismann I. § 61 B II, 2 § 88 b I; Hellwig, Anspruch § 23, II, Lehrbuch I, § 37; vgl. auch Schmidt, Lehrbuch S. 758 und die dort als herrschende Meinung zitierte Literatur.

im Sinne des Prozeßgegenstandes entspricht. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eine Mehrheit von Tatbeständen auch dann vorliegt, wenn einzelne oder sogar alle Tatumstände des einen Tatbestands zugleich auch Bestandteile des anderen Tatbestands sind, wenn somit der eine Tatbestand ganz oder teilweise im anderen enthalten ist; denn durch die Hinzufügung der zur Vervollständigung des weitergehenden Tatbestands erforderlichen Einzeltatsachen verlieren die ursprünglichen Tatumstände ihre Bedeutung als selbständiger Tatbestand nicht[1]. Der Tatbestand bedingt somit den Anspruch und bestimmt ihn gleichzeitig in seiner Eigenart. Damit gewinnen wir den Grundsatz, daß die Einheit des Prozeßgegenstands von der Einheit des geltend gemachten Tatbestands abhängig ist[2].

Der Tatbestand ist nun aber, wie schon hervorgehoben, nicht das einzige Identitätsmerkmal des Anspruchs im Sinne des Prozeßgegenstands, wenigstens nicht für das Gebiet des Prozesses. Es ist hier noch eine weitere Abweichung des materiellen Anspruchsbegriffs, wie ihn die Zivilprozeßordnung verwendet, von demjenigen des reinen materiellen Rechts zu berücksichtigen. Das materielle Recht hat es lediglich mit dem objektiven Sein oder Nichtsein der Ansprüche zu tun, für sein Gebiet ergibt sich daher aus jedem Tatbestand mit Notwendigkeit kraft objektiven Rechts ohne weiteres die zugehörige Rechtsfolge; die letztere erscheint hier nicht als weiteres Charakterisierungsmerkmal, sondern nur als selbstverständliche, weil notwendige Folge aus dem ersten und einzigen bestimmenden Merkmal, dem Tatbestand. Der Zivilprozeß dagegen hat es nicht, wenigstens nicht unmittelbar, mit objektiv gegebenen, sondern mit subjektiv behaupteten Ansprüchen zu tun. Hier hängt vom Willen des Klägers ab nicht nur der Tatbestand, auf den er sich stützen, sondern auch die Rechtsfolge, die er aus ihm ableiten will. Hieraus ergibt sich für das Gebiet des Prozesses die Möglichkeit, aus einem und demselben Tatbestand mehrere verschiedene Rechtsfolgen herzuleiten, und diese Tat-

[1] Vgl. RGE. 27, S. 387.

[2] Vgl. Hellwig, Lehrbuch I, S. 263.

sache zeigt, daß für den im Prozeß geltend gemachten Anspruch neben dem Tatbestand auch die beanspruchte Rechtsfolge individualisierende Wirkung hat. Wir gelangen somit zu der weiteren grundlegenden Folgerung, daß die Einheit des Prozeßgegenstandes nicht nur von der Einheit des Tatbestands, sondern auch von der Einheit der aus ihm abgeleiteten Rechtsfolge abhängt.

Wie nun aber die Angabe des Tatbestands und diejenige der beanspruchten Rechtsfolge auf der einen Seite zur Individualisierung des materiellrechtlichen Anspruchs erforderlich sind, so sind sie auf der anderen Seite hierzu auch ausreichend. Weitere Individualisierungsfaktoren sind, wenigstens für den Regelfall, undenkbar und überflüssig. Insbesondere ist regelmäßig zur Individualisierung nicht erforderlich die Aufstellung einer bestimmten „Rechtsbehauptung", d. h. die Angabe der Rechtssätze, welche der Kläger auf den Tatbestand anwendet, um aus ihm die Rechtsfolge zu gewinnen. Die juristische Konstruktion, gewissermaßen die Rechnungsmethode, deren sich der Kläger zur Bestimmung seines Anspruchs bedient, kommt für die Identität des Anspruchs nicht in Betracht. Es bleibt für die objektive Natur desselben ganz gleichgültig, ob ihn der Kläger für einen Anspruch aus Kauf, aus Werk- oder Dienstvertrag ansieht und angesehen wissen will. Das heißt mit anderen Worten: die Mehrheit der rechtlichen Begründung bei Einheit des Tatbestands und Einheit der abgeleiteten Rechtsfolge hebt die Identität des Prozeßgegenstands nicht auf[1].

Die Einheit der individualisierenden Faktoren des Tatbestands und der Rechtsfolge wird aber fernerhin auch dadurch nicht beeinträchtigt, daß innerhalb derselben Modifikationen auftreten, welche die Individualisierungsfaktoren zwar variieren, nicht aber ihre Identität aufheben. Solche Modifikationen sind möglich

[1] Dieser nur für den Regelfall aufgestellte Grundsatz wird allerdings von Ausnahmen durchbrochen: es gibt Ansprüche, deren Beweiserfordernisse derartig eigenartig geregelt sind, daß ihre Individualisierungsmerkmale mit denen anderer Ansprüche übereinstimmen; vgl. z. B. den auf § 1006 BGB. gegründeten Eigentumsanspruch mit dem Anspruch aus § 1007 BGB. einerseits und dem einfachen Besitzanspruch andererseits; hier kommt der Rechtsbehauptung ausnahmsweise individualisierende Wirkung zu.

und auch praktisch häufig und heben, wo sie vorliegen, die Identität des geltend gemachten Anspruchs nicht auf. Es erklärt sich dies beim Tatbestand daraus, daß regelmäßig zu den wesentlichen und begriffsnotwendigen und damit allein individualisierenden tatsächlichen Merkmalen, d. h. zum Tatbestand im engsten und eigentlichen Sinne noch andere Momente hinzutreten, welchen individualisierende Wirkung nicht innewohnt, die aber doch den engeren Tatbestand ergänzen, ihm seine für den Einzelfall charakteristische Färbung geben und ihn so zum Tatbestand im weiteren Sinne, d. h. im Sinne des gesamten vom Kläger beigebrachten, wesentliche und nebensächliche Bestandteile umfassenden Tatsachenkomplexes erweitern. Hierher gehören die näheren Angaben über Ort und Zeit, über die Art und Weise der Entstehung eines Rechtsverhältnisses, darüber, ob das vom Kläger beanspruchte Recht für ihn kraft eigener rechtsbegründender Tätigkeit oder kraft der Tätigkeit eines Vertreters entstanden ist usw. Änderungen derartiger Nebenpunkte bei Festhaltung eines und desselben engeren Tatbestands haben naturgemäß auf die Identität des geltend gemachten Anspruchs in der Regel keinen Einfluß[1]. Dasselbe gilt von unwesentlichen, d. h. das juristische Wesen der beanspruchten Rechtsfolge nicht beeinflussenden Änderungen des Klagantrags, die hier der Sache nach nur als quantitative oder qualitative Abstufungen des Beanspruchten gedacht werden können; hierher gehört z. B. die Forderung eines Minus an Stelle des ursprünglich geforderten Plus und umgekehrt, oder die Beifügung gewisser Klauseln und Modifikationen zu einer Leistung, die vorher ohne solche gefordert war.

Wir können die gewonnenen Resultate folgendermaßen zusammenfassen: Einheit des Anspruchs im Sinne des Prozeßgegenstands liegt nur vor bei Einheit des Tatbestands u n d der Rechtsfolge. dies aber selbst dann, wenn innerhalb des Tatbestands oder der Rechtsfolge Modifikationen möglich sind, oder wenn die der Ableitung der Rechtsfolge aus dem Tatbestand dienende rechtliche Konstruktion eine mehrfache ist. Dagegen liegt Mehrheit

[1] Ausnahmen s. S. 24/25 der Abhandlung.

der Ansprüche stets dann vor, wenn entweder mehrere Tatbestände geltend gemacht werden, einerlei ob die aus ihnen abgeleiteten Rechtsfolgen identisch sind oder nicht, oder wenn mehrere Rechtsfolgen beansprucht werden, einerlei ob sie auf verschiedenen Tatbeständen oder auf demselben Tatbestand beruhen.

2. Der Anspruch im Sinne des Petitums.

Der im vorstehenden dargelegte Anspruchsbegriff paßt aber offensichtlich nicht überall da, wo die Zivilprozeßordnung von „Anspruch" redet. So setzt insbesondere § 146 einen einheitlichen Anspruch trotz Mehrheit der Klagegründe (Tatbestände) voraus, und ebenso wird in § 303 von der Erledigung einzelner selbständiger Angriffsmittel, zu denen nach § 146 auch einzelne Klagegründe gehören, durch Zwischenurteil gesprochen und diese Art der Erledigung in ausdrücklichen Gegensatz gestellt zu der Erledigung einzelner selbständiger „Ansprüche" in § 301, woraus wiederum folgt, daß auch in § 301 der Anspruchsbegriff eine andere Bedeutung als die des materiellrechtlichen Prozeßgegenstands haben muß. Die Abweichung erklärt sich daraus, daß in den genannten beiden Bestimmungen nicht die Feststellung der Wirkungen des Prozesses auf den materiellrechtlichen Streitgegenstand, sondern lediglich die formale Abwicklung des Prozeßganges, die Durchführung und Beendigung des Rechtsstreits als eines prozessualen Verfahrens in Frage kommt. Dies gilt von § 146 und seinem Gegensatz zu § 145, wo die Trennung des prozessualen Verfahrens in Frage steht, ebensogut wie von § 303 und seinem Gegensatz zu § 301, wo es sich um den Abschluß des Verfahrens durch richterliche Entscheidung handelt; auch in letzterer Beziehung handelt es sich nur darum, die Antwort auf die im Prozeß gestellte Frage zu finden und damit den Prozeß zu beendigen, ohne Rücksicht darauf, welche materiellen Wirkungen die Beantwortung dieser Frage auf die einzelnen Prozeßgegenstände hat. Die Frage, mit deren Beantwortung der Prozeß formell erledigt ist, ist aber die, ob das, was der Kläger verlangt, ihm zugesprochen werden kann oder nicht: das vom Kläger „Beanspruchte", soweit es im Klag-

antrag seinen Ausdruck findet, ist somit in rein formeller Beziehung der Gegenstand des Prozesses, der „Anspruch“ im Sinne der genannten Vorschriften.

Wie man sich im einzelnen die Individualisierung dieses Anspruchsbegriffs zu denken hat, darüber lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen. Es kommt ausschließlich darauf an, was der Kläger im Einzelfalle durch Urteil entschieden haben will. Es kann insbesondere nicht gesagt werden, daß das Petitum in diesem Sinne stets mit der materiellen Rechtsfolge, die der Kläger beansprucht, und nur mit dieser identisch sei. Dies wird zwar regelmäßig der Fall sein, allein es ist auch denkbar, daß der Kläger die Rechtsfolge nicht nur abstrakt, d. h. aus irgendeinem als zutreffend anerkannten Grunde, sondern aus einem ganz bestimmten Klagegrund und nur in Verbindung mit diesem zugesprochen haben will; in diesen Fällen gehört auch der Klagegrund zu dem, was der Kläger beansprucht, auf was sich seine Urteilsbitte bezieht, er wird also auch vom „Anspruch“ in diesem Sinne umfaßt.

Die Frage, welche materiellen Rechtsverhältnisse mit der Wirkung der Rechtshängigkeit Gegenstand des Prozesses und infolge des Urteils mit der Wirkung der Rechtskraft Gegenstand autoritativer richterlicher Feststellung geworden sind, ist somit nicht identisch mit der Frage, welche abschließenden Akte der Richter vorzunehmen hat, um den Prozeß als Verfahren in seinem ganzen Umfang zu beendigen, so daß die sämtlichen Wirkungen des anhängigen Prozesses in Wegfall kommen. Der richterliche Entscheidungsakt kann den Prozeß beendigen, ohne daß darin notwendig eine der Rechtskraft fähige Entscheidung der sämtlichen in den Prozeß eingeführten materiellrechtlichen Ansprüche liegen müßte.

Man wird nur den einen Grundsatz aufstellen können, daß der formale Anspruchsbegriff zwar weiter, aber nie enger, als der materielle Anspruchsbegriff sein kann. Mit anderen Worten: hinter einem einheitlichen Anspruch in formalem Sinn können mehrere Ansprüche in materiellem Sinn verborgen sein, dagegen können da, wo nur e i n materiellrechtlicher Anspruch in Frage steht, nicht mehrere Petita im Sinne einer Mehrheit des vom Kläger

Beanspruchten und im Sinne einer Mehrheit von Urteilsbitten angenommen werden. Denn da, wie unter § 5 auszuführen sein wird, mehrere auf denselben materiellrechtlichen Anspruch sich beziehenden Gesuche nicht inhaltlich, sondern nur im Umfange voneinander abweichen, so steht auch nur eine einzige, wenn auch dem Umfang nach abgestufte Urteilsbitte in Frage. Dies ist wichtig mit Rücksicht auf die Teilung und die urteilsmäßige Beendigung des Verfahrens, insofern nach dieser Auffassung bei einer Mehrheit von Gesuchen, die sich auf einen einzigen materiellrechtlichen Anspruch beziehen, weder im Sinne des § 145, noch im Sinne des § 301 CPO. eine Mehrheit von Ansprüchen vorliegt.

Nachdem schon im Vorhergegangenen festgestellt wurde, in welchen einzelnen Bestimmungen die Zivilprozeßordnung sich des materiellen und in welchen des formellen Anspruchsbegriffs bedient, erübrigt noch, dieselbe Frage hinsichtlich einer weiteren, in diesem Zusammenhang bedeutsamen Bestimmung der Zivilprozeßordnung, nämlich hinsichtlich des § 260 zu beantworten.

Für die Zugrundlegung des formellen Anspruchsbegriffs entscheiden sich Gaupp-Stein, Struckmann-Koch und Petersen, während Schmidt, Lämmert, Seuffert und Wilmowski-Levy den gegenteiligen Standpunkt vertreten. Der letztere scheint der richtige zu sein. Schon der Umstand, daß § 260 Zuständigkeit des Prozeßgerichts „für sämtliche Ansprüche“ fordert, weist auf die materiellrechtliche Bedeutung des hier verwendeten Anspruchsbegriffs hin; denn die Zivilprozeßordnung stellt ihre Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit nicht auf den Klagantrag, sondern auf den materiellen Inhalt des verfolgten Rechts ab; es gibt eine Zuständigkeit nur für materielle Ansprüche, nicht für Klaganträge. Außerdem aber würden, falls man das Vorliegen einer Anspruchshäufung von einer Mehrheit der Klaganträge abhängig machen und daher bei mehrfacher Begründung eines und desselben Klageantrags verneinen wollte, hieraus unlösbare Schwierigkeiten bei Bestimmung der Zuständigkeit entstehen: vor welchem Gericht soll denn in diesem Fall der angeblich einheitliche Anspruch verhandelt werden, wenn das Gericht A nur über den Klagegrund a und das Gericht B nur über den Klage-

grund b entscheiden kann? Die Aufrechterhaltung der Einheit des Anspruchs ist in diesen Fällen unmöglich und wurde von RGE. 27 S. 385 auch ausdrücklich aufgegeben. Man hat daher auch für die Auslegung des § 260 den materiellrechtlichen Anspruchsbegriff zugrunde zu legen, so daß also § 260 auch für die Fälle mehrfacher Begründung desselben Klagantrags die passende Regel enthält.

Nachdem so das Wesen der beiden verschiedenen Anspruchsbegriffe festgestellt ist, bleibt noch die Frage zu erörtern, in welchem Verhältnis beide zueinander stehen. Hierbei ergibt sich auf Grund der vorangegangenen Ausführungen, daß da, wo nur ein materiellrechtlicher Anspruch in Frage steht, immer, selbst bei einer Mehrheit der Gesuche, auch nur ein Anspruch im formellen Sinn in Betracht kommt (vgl. oben S. 11/12). Wo dagegen eine Mehrheit von materiellen Ansprüchen vorliegt, ergibt sich die Möglichkeit der Übereinstimmung des Petitums und damit die Möglichkeit der Annahme eines einheitlichen „Anspruchs“ im prozessualen Sinn trotz Mehrheit der materiellrechtlichen Ansprüche. In diesen Fällen greifen beide Begriffe ineinander, was zu einem Ineinandergehen der aus ihnen sich ergebenden Folgerungen führt.

Damit haben wir folgendes Gruppenschema gewonnen:

1. Bei Einheit des materiellrechtlichen Anspruchs liegt auch nur ein Anspruch im formalen Sinne vor, selbst wenn innerhalb des einheitlichen Anspruchs ein Eventualverhältnis auftritt; letzteres ist denkbar als Eventualität

a) der rechtlichen Begründungen,
b) der Tatsachenbehauptungen (innerhalb desselben Tatbestands),
c) der Antragsmodifikationen (innerhalb derselben Rechtsfolge).

2. Bei Mehrheit der materiellen Ansprüche liegt eine eventuelle Anspruchshäufung im Sinne des § 260 CPO. vor. Dieselbe kann bestehen

a) in eventueller Häufung der Tatbestände,
b) in eventueller Häufung der Rechtsfolgen.

Hierbei ist für die prozessuale Behandlung wiederum zu unterscheiden, ob gleichzeitig Mehrheit der Petita, und damit Mehrheit der nach formalen Gesichtspunkten individualisierten Ansprüche vorliegt oder nicht.

§ 2.

Die Klage im formellen und im materiellen Sinn. Bedingte Klageerhebung im Sinn bedingter Rechtshängigmachung.

Nachdem in § 1 die einzelnen Faktoren bestimmt wurden, auf welche sich das Eventualverhältnis beziehen kann, erhebt sich die weitere Frage, welche Bedeutung der eventuellen Fassung einer Klage in prozessualer Beziehung zukommt.

Sicher ist zunächst, daß durch die Eventualstellung ein Aushilfsverhältnis und damit ein Bedingungsverhältnis der ins Eventualverhältnis gesetzten Faktoren geschaffen wird, insofern der Kläger die zweite (eventuelle) Möglichkeit nicht neben, sondern nur für einen bestimmten Fall an Stelle der ersten zu seinen Gunsten im Prozeß verwertet wissen möchte.

Daß ein solches vorsorgliches Vorbringen möglich und zulässig ist, ist insoweit außer Zweifel, als es sich auf einen und denselben Prozeßgegenstand, auf einen und denselben Anspruch im materiellen Sinn bezieht. In diesen Fällen liegt *eine* Streitsache vor, die durch die Klageerhebung in ihrem ganzen Umfang rechtshängig geworden ist; sowenig das eventuelle Vorbringen materiellrechtlich die Identität des erhobenen Anspruchs beeinträchtigt, ebensowenig hat es auf die Rechtshängigkeit desselben irgendwelchen Einfluß.

Anders liegen dagegen die Dinge da, wo es sich um die eventuelle Geltendmachung mehrerer materiellrechtlicher Ansprüche in *einem* Prozeß handelt. Allerdings ist auch hier der Klageerhebungsakt ein einheitlicher, insofern die sämtlichen Ansprüche von einer und derselben Klageschrift, also von einem und demselben äußeren, formalen Klageakt umfaßt werden. Aber neben diesem rein formalen Begriff der „Klage“ steht ein anderer mit materiellem Inhalt ausgestatteter Klagebegriff, die Klage im Sinn des „Rechtsschutz-

gesuches"; das Rechtsschutzgesuch ist das Anrufen richterlichen Schutzes zugunsten des vom Kläger behaupteten materiellrechtlichen Anspruchs, also eine Willenserklärung des Klägers, die dahin geht, daß er richterlichen Akt hinsichtlich des von ihm durch Angabe der Individualisierungsmerkmale behaupteten Anspruchs ausgelöst wissen will. Wenn der Kläger daher in der formellen Klage die Individualisierungsmerkmale verschiedener Ansprüche vereinigt, so liegt darin eo ipso die Erhebung der sämtlichen, den materiellrechtlichen Ansprüchen zugehörigen Rechtsschutzgesuche; der einheitliche Klageerhebungsakt (Klage im formellen Sinn) umfaßt also in diesem Fall mehrere Rechtsschutzgesuche (Klagen im materiellen Sinn). Hierbei erhebt sich nun die Frage, ob das Bedingungsverhältnis, in welchem die materiellen Ansprüche stehen, nicht zurückwirkt auf die Erhebung der Rechtsschutzgesuche in dem Sinn, daß der materielle Anspruch, den der Kläger nur aushilfsweise verfolgt, auch nur bedingt in den Prozeß eingeführt wird; ob mit anderen Worten hinsichtlich des eventuellen Anspruchs nicht ein bedingtes Rechtsschutzgesuch gestellt ist, somit trotz der formalen Einheit des Klageerhebungsaktes bedingte Klageerhebung im Sinne einer bedingten Rechtshängigmachung vorliegt.

Die Beantwortung dieser Frage ist für die Frage nach der Zulässigkeit der eventuellen Häufung mehrerer selbständiger Ansprüche von größter Bedeutung. Denn zweifellos wäre eine derartige Häufung, soweit sie zu einer bedingten Rechtshängigkeit führen würde, prozessual unzulässig. Darüber herrscht heute in Literatur und Praxis Einstimmigkeit[1].

In der Tat sprechen folgende schwerwiegende Gründe gegen die Zulässigkeit einer bedingten Rechtshängigmachung:

Die Folge der Rechtshängigkeit und damit die der Entscheidungsnotwendigkeit tritt unabhängig vom Willen des Klägers mit dem Akt der Klageerhebung ein; wer keine Rechtshängigkeit will, muß Klageerhebung unterlassen; ein Anrufen von Rechts-

[1] Vgl. Gaupp-Stein § 260, Bem. II c, Petersen a. a. O. S. 504, Lämmert S. 431, Eccius a. a. O. S. 144, Struckmann-Koch § 260, Note 7, Wilmowski-Levy § 260, Note 4, RGE. 40, S. 331, 58, S. 249.

schutz, das vorerst noch kein Anrufen von Rechtsschutz sein soll, ist logisch und prozessual eine Unmöglichkeit; man kann nur klagen oder nicht klagen, aber nicht bedingt klagen; es gibt keinen Schwebezustand der Klageerhebung. Das gilt sowohl von der Beifügung einer aufschiebenden wie von derjenigen einer auflösenden Bedingung[1]. Man hat nun schon den Versuch gemacht, die auflösend bedingte Rechtshängigkeit weniger verfänglich zu konstruieren, indem man die Bedingung nicht als der Klageerhebung beigefügt betrachtete, sondern annahm, daß gleichzeitig mit der unbedingten Klageerhebung eine aufschiebend bedingte Klagezurücknahme ausgesprochen werde[2]. Soll aber der Kläger damit, daß er seine beabsichtigte Klagezurücknahme vorher ankündigt, in der Lage sein, sich unter Umgehung der dem Schutz des Beklagten dienenden Vorschrift des § 271 CPO. einseitig nachträglich vom Prozeß zu befreien? Ich glaube nein. Es erscheint mit den für die Klagezurücknahme aufgestellten Vorschriften nicht vereinbar, daß eine bei Prozeßbeginn bedingt ausgesprochene Klagezurücknahme auch gegen den Willen des Beklagten ipso jure nachträglich Wirksamkeit erlangt, wenn die Bedingung eintritt. Man wird daher mit Petersen (S. 513) der Ansicht sein müssen, daß eine vorausgenommene bedingte Klagezurücknahme wirkungslos ist, wenn der Kläger die Zurücknahme nach Eintritt der Bedingung nicht ausdrücklich wiederholt, wobei er jedoch an die Voraussetzungen des § 271 gebunden ist.

Besonders deutlich zeigt sich die Unmöglichkeit bedingter Klageerhebung wie bedingter Klagezurücknahme an den Schwierigkeiten, die sich einer praktischen Durchführung dieser Konstruktion in den Weg stellen.

Widersprüche ergeben sich schon bei der Frage, auf welchen Zeitpunkt die Bedingung abgestellt sein soll. Soll die zweite Klage erhoben sein für den Fall, daß der primäre Anspruch nur in erster Instanz, oder für den Fall, daß er rechtskräftig abgewiesen ist? Nimmt man das erstere an, so würde der Kläger bei Ab-

[1] Petersen S. 504.

[2] Vgl. Hellwig, Lehrbuch III, S. 84.

weisung des ersten Anspruchs von vornherein auf eine weitere Verfolgung desselben verzichten und sich mit der Durchführung des zweiten Anspruchs, über den der Richter nunmehr ohne weiteres zu entscheiden hätte, begnügen, was die Klage bezüglich des ersten Anspruchs zu einem bedeutungslosen und nicht einmal ernst gemeinten Klageversuch herabdrücken würde. Hat umgekehrt der Richter den ersten Anspruch zuerkannt, so wäre damit die für die Rechtshängigkeit des zweiten Anspruchs aufgestellte Bedingung endgültig ausgefallen, der zweite Anspruch wäre also aus dem Prozeß ausgeschieden mit der Folge, daß der Berufungsrichter, der den ersten Anspruch nunmehr aberkennt, über den gar nicht mehr rechtshängigen zweiten Anspruch nicht entscheiden könnte, ohne andererseits in der Lage zu sein, das Gericht erster Instanz neuerdings wieder mit diesem Anspruch zu befassen, da dieses von seinem Standpunkt aus die Sache erschöpft hat[1]. Dasselbe gilt für die auflösend bedingte Klagerhebung und für die bedingte Klagezurücknahme. Auch hier hört mit Eintritt der an den Schluß der ersten Instanz verlegten Bedingung die Rechtshängigkeit des einen Anspruchs völlig auf, so daß ganz gegen den Willen des Klägers und entgegen dem Zweck, den er mit der Eventualstellung erstrebt, stets nur noch ein Anspruch in den Instanzenweg gelangt.

Wird dagegen die Bedingung in der rechtskräftigen Aberkennung des primären Anspruchs gefunden, so wäre die Entscheidung über den eventuellen Anspruch hinausgeschoben, bis der primäre Anspruch alle Instanzen passiert hat, gewiß keine Prozeßvereinfachung, wie behauptet wird; gelangt hierbei die letzte Instanz zur Abweisung des primären Anspruchs, so fehlt ihr die Möglichkeit, sofort über den eventuellen Anspruch zu erkennen, da über diesen ja noch nicht einmal in erster Instanz entschieden ist[2].

Kann endlich speziell die aufschiebend bedingte Klageerhebung schon vor dem Bedingungseintritt Rechtshängigkeitswirkungen

[1] Vgl. RGE. 18, S. 385; 40, S. 331.

[2] Vgl. zum Vorstehenden Eccius bei Gruchot Bd. 33, S. 134.

irgend welcher Art äußern? Soll bloß die Entscheidung oder auch die Verhandlung des eventuellen Anspruchs hinausgeschoben sein? Kann mit anderen Worten der Beklagte die Einlassung auf den nur bedingt eingeklagten Anspruch verweigern oder nicht? Beides führt zu unbefriedigenden Resultaten. Verneint man die Frage, so hat die Verhandlung sich auch auf den eventuellen Anspruch auszudehnen, trotzdem unter Umständen nachträglich sich alles als nicht geschehen und überflüssig herausstellt, was ebensowenig eine Prozeßerleichterung bedeutet, wie die infolge der Bejahung der Frage zunächst stattfindende Aussetzung der Verhandlung über den eventuellen Anspruch. Außerdem würde der Beklagte, der zur Einlassung auf den eventuellen Anspruch gezwungen wird, erheblich benachteiligt sein, wenn der Anspruch nachträglich die Rechtshängigkeit verliert und später in gesondertem Prozeß neu erhoben wird; denn der Beklagte hat sich dann vielleicht in der gänzlich überflüssigen Verhandlung im ersten Prozeß in einer Weise festgelegt, die ihm für den zweiten Prozeß von Nachteil ist. Werden endlich die beiden Verfahren getrennt, so steht das Verfahren über den eventuellen Anspruch überhaupt in der Luft, denn eine Verhandlung, die lediglich Verhandlungs- und nicht auch sofort Entscheidungszweck hat, gibt es nicht.

Die Frage, ob überhaupt und in welchen einzelnen Fällen die Eventualhäufung zu einer bedingten Klageerhebung im Sinne bedingter Rechtshängigmachung führt, wird des näheren unten in den §§ 7 ff. behandelt werden. Hier soll nur noch angedeutet werden, wie diejenigen Fälle, welche eine unzulässige bedingte Klageerhebung enthalten, prozessual zu erledigen sind.

An sich sind verschiedene Wege denkbar und auch schon eingeschlagen worden:

Entweder geht man davon aus[1], daß die Beifügung einer Bedingung wirkungslos ist und die Entstehung sofortiger Rechtshängigkeit nicht hindert. Man hat dann bezüglich beider Ansprüche unbedingte Rechtshängigkeit mit doppelter Entscheidungsnotwendigkeit anzunehmen. Dieses Resultat wäre bei nicht wider-

[1] So Lämmert, a. a. O. und Petersen S. 513.

sprechenden Ansprüchen vielleicht annehmbar; allein bei Widerspruch des eventuellen und des primären Anspruchs ergeben sich aus der selbständigen Entscheidung jedes einzelnen Anspruchs Bedenken so schwerwiegender Art, daß diese Auffassung zum mindesten für den Fall des Widerspruchs der Ansprüche ausgeschlossen erscheint; vgl. hierüber die Ausführungen bei der „Eventualität“ unten S. 65 ff.

Der zweite, von Hellwig[1] eingeschlagene Weg ist der, die bedingte Klage als mangelhafte Klage aufzufassen und durch Prozeßabweisung zu erledigen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß jedes Urteil, auch das Prozeßurteil, einen Prozeß voraussetzt. Wo kein Prozeß vorliegt, weil es am Klageerhebungswillen fehlt, kann auch keine prozeßbeendigende Entscheidung ergehen. Wenn man der bedingten Klageerhebung jede Wirkung — auch in rein formaler Beziehung — abspricht, so gelangt man zu dem Resultat, daß durch die bedingte Klageerhebung der Kläger für die Gegenwart bezüglich des eventuellen Anspruchs ausdrücklich noch keinen Klagewillen bekundet, daß er mit seinem bedingten Klageantrag nicht etwa bloß einen „unbestimmten“ Antrag im Gegensatz zu dem in § 253 CPO. geforderten „bestimmten“ Antrag stellt, vielmehr erklärt, daß er in dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt noch keinen Antrag stelle, keinen Klagewillen bekunde; damit aber würde auch eine Prozeßentscheidung jeder Art unmöglich werden. Allein es fragt sich, ob es zweckmäßig ist, der bedingten Klageerhebung derart jegliche prozessuale Wirkung zu entziehen. In der bedingten Klageerhebung gelangt doch immerhin ein — wenn auch bedingter — Klagewillen zum Ausdruck; der Kläger will zwar nicht für eine gegenwärtige, aber doch für eine zukünftige Sachverhandlung schon jetzt die Grundlage schaffen in der Weise, daß es nach Eintritt der Bedingung ohne neuen Klageakt auf Grund des schon jetzt bedingt ausgesprochenen Klagewillens zum Prozeß kommen soll. Wenn nun ein solcher ipso-jure-Eintritt unbedingter Rechtshängigkeit für rechtlich unmöglich erachtet wird, so liegt es sowohl im allgemeinen Interesse

[1] Lehrbuch III, S. 37/38.

an Klarlegung des Umfangs prozessualer Wirkungen wie insbesondere im Interesse des durch die bedingte Klageerhebung bedrohten Beklagten, daß dem bedingten und insofern fehlerhaften Klageakt mindestens insoweit, als ihm vom Kläger selbst Wirksamkeit beigelegt wird, also für die Zukunft durch ausdrückliche Entscheidung die Wirksamkeit abgesprochen wird. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint daher die Erledigung der bedingten Klage durch Prozeßabweisung nicht nur wünschenswert, sondern auch rechtlich möglich.

Lehnt man diesen Standpunkt ab, so bleibt nichts übrig, als daß das Gericht, das mangels eines für die Gegenwart wirksamen Prozeßbeginns in diesem Falle überhaupt keine „Entscheidung" fällen könnte, sich damit begnügt, festzustellen, daß der eventuelle Anspruch nicht als erhoben anzusehen und daher über ihn weder zu verhandeln, noch zu entscheiden sei. Das käme praktisch allerdings einer prozessualen Abweisung gleich, mit dem einen Unterschied, daß in diesem Fall es sehr zweifelhaft erscheinen würde, ob und wie über die möglicherweise entstandenen besonderen Kosten entschieden werden könnte; denn einerseits ist sicher, daß von einem „teilweisen" Unterliegen des Klägers im Sinne des § 92 CPO. hier nicht gesprochen werden kann, andererseits aber ist auch die Anwendbarkeit von § 96 CPO. deshalb fraglich, weil diese Bestimmung die Erledigung einzelner Angriffsmittel in einem tatsächlich anhängigen Prozeß behandelt, während von dem hier besprochenen Standpunkt aus bezüglich des eventuellen Anspruchs ein Prozeß überhaupt nicht anhängig wäre.

A. Eventualität innerhalb des einheitlichen Anspruchs.

§ 3.

Mehrheit der rechtlichen Begründung.

Es handelt sich hier um den Fall, daß der Kläger zwar aus einem und demselben Tatbestand eine und dieselbe Rechtsfolge ableitet, die Ableitung selbst aber auf verschiedene rechtliche Erwägungen stützt, die er zueinander in ein Eventualverhältnis stellt. Wie schon S. 8 ausgeführt, liegt hier weder eine Mehrheit von materiellen Ansprüchen, noch eine solche der Rechtsschutzgesuche vor. Der Kläger macht nur einen einzigen Anspruch geltend, nämlich den, der durch Tatbestand und Rechtsfolge bestimmt wird. Ob die Ableitung der Rechtsfolge aus dem Tatbestand, so wie sie geschehen ist, im objektiven Recht begründet ist, ob sie auf Grund dieser oder jener rechtlichen Konstruktion erfolgt, ist für die Identität des Anspruchs belanglos. Gilt dies schon in materiellrechtlicher Beziehung, so noch weit mehr in prozessualer. Im Prozeß wird die Belanglosigkeit des rechtlichen Vorbringens der Partei ausdrücklich zum Grundsatz erhoben: jura novit curia. Rechtliche Ausführungen der Partei sind einerseits überflüssig, andererseits, wenn sie doch gegeben werden, belanglos. Selbst widersprechende Rechtsausführungen beeinträchtigen weder die Individualität des Anspruchs, noch die Bestimmtheit der Klage. § 253 CPO. kommt nicht in Frage; er gilt nur für die zur Eröffnung des Prozesses wesentlichen Erfordernisse; Unwesentliches fällt der Nichtbeachtung anheim. Eventuelle rechtliche Begründung ist somit weder pro-

zessual zulässig, noch unzulässig, sie ist überhaupt prozessual unerheblich[1].

Daraus ergeben sich für die prozessuale Behandlung folgende Konsequenzen: Der Richter ist an das rechtliche Vorbringen des Klägers weder im einzelnen, noch hinsichtlich der Einhaltung der vom Kläger gewünschten Reihenfolge der rechtlichen Erwägungen gebunden, er braucht überhaupt nicht auf dasselbe einzugehen, insbesondere falsches rechtliches Vorbringen nicht ausdrücklich zurückzuweisen. Falsches rechtliches Vorbringen schadet dem Kläger nicht und braucht von ihm nicht verbessert, unvollständiges braucht nicht vervollständigt zu werden. Ein Wechsel im rechtlichen Vorbringen während des Prozesses ist keine Klageänderung, somit unbeschränkt zulässig, auf der anderen Seite steht der Geltendmachung eines anderen rechtlichen Gesichtspunkts außerhalb des anhängigen Prozesses die Einrede der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft entgegen.

§ 4.

Eventuelle Tatsachenbehauptung.

Der Tatbestand im Sinne der Zivilprozeßordnung wurde oben definiert als der geringste zur Rechtfertigung einer bestimmten Rechtsposition einerseits erforderliche, andererseits ausreichende Tatsachenkomplex. Damit ist schon zum Ausdruck gebracht, daß er nur die wesentlichen Existenzmerkmale des Anspruchs umfaßt oder besser zu umfassen braucht. Nun wird aber der Kläger sich in den wenigsten Fällen auf die Darlegung der allerunerläßlichsten Essentialia seines Anspruchs beschränken; an jeden Tatbestand im eigentlichen und engsten Sinne schließen sich erläuternder- und ergänzenderweise andere, mehr oder weniger unwesentliche Tatumstände an. Gerade der Umstand, daß sie nebensächlicher Art und für die Individualität des Anspruchs nicht wesensbestimmender Natur sind, bewirkt, daß weder ihr Vorhandensein oder ihr

[1] So übereinstimmend Theorie und Praxis; vgl. Gaupp-Stein § 260 Bem. 2.

Fehlen, noch auch ihre Änderung auf den eigentlichen Tatbestandskern von wesentlichem Einfluß ist. Daraus ergibt sich, daß eine eventuelle Häufung derartiger Tatumstände nicht eine Häufung der Tatbestände und damit der Ansprüche bedeutet. Die Frage nach der Zulässigkeit derartigen Vorbringens ist daher ausschließlich vom Standpunkt des für die Begründung des einheitlichen Anspruchs maßgebenden § 253 CPO. aus zu beantworten. Im Gegensatz zu der von Pfizer in Z. Bd. 21, S. 367 ff. eingenommenen Stellung, der dem Kläger im Anschluß an Ziff. 2 des § 253 strikte Eindeutigkeit zur Pflicht macht, möchte ich annehmen, daß die Aufstellung derartiger eventueller Behauptungen zulässig ist. Es ist das eine im Interesse der Gerechtigkeit und der Gleichstellung des Klägers mit dem Beklagten aufzustellende Forderung, gegen welche aus § 253 keinerlei Einwände abgeleitet werden können. § 253 verfolgt ein doppeltes Prinzip[1]: einmal soll durch die „bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs" der Prozeßgegenstand als Gegenstand des zukünftigen Urteils vorläufig, wenn auch nicht unabänderlich, dergestalt fixiert werden, daß im Falle klägerischer Prozeßversäumnis ein der materiellen Rechtskraft fähiges Versäumnisurteil ergehen kann, und zweitens soll durch diese Vorschrift der Beklagte in die Lage versetzt werden, auf Grund eines den gesamten zukünftigen Rechtskampfplatz überschauenden Überblicks zu überlegen, ob er streiten will oder nicht (das von Rümelin sogen. „Deliberationsinteresse" des Beklagten). Keiner der genannten beiden Zwecke wird nun dadurch verletzt, daß der Kläger aushilfsweise an Stelle der primär von ihm behaupteten Tatsachen eventuelle Tatsachenbehauptungen aufstellt; denn auch dem Kläger kann billigerweise Allwissenheit nicht zugemutet werden. Und selbst wenn die eventuellen Tatsachen mit den primären in Widerspruch stehen sollten, so würde dieser Widerspruch deshalb nicht zur Aufhebung der für die Klage erforderlichen Bestimmtheit führen, weil ja die eventuellen Tatsachen nicht neben den primären, sondern nur an Stelle derselben, d. h. für den Fall, daß jene unerweislich sein sollten, behauptet

[1] Vgl. Rümelin im Archiv f. d. zivil. Praxis. Bd. 88, S. 118 ff.

sind. Eine solche bedingte Aufstellung nicht individualisierender Behauptungen führt weder zu einer Bedingtheit des Anspruchs noch zu einer solchen des Rechtsschutzgesuchs.

Als Beispiele sind für unseren Fall u. a. zu nennen: ins Eventualverhältnis gestellte Angaben über Ort und Zeit eines Vertragsschlusses; die Erhebung einer Kondiktionsforderung, weil das Kausalgeschäft entweder von vornherein nichtig oder doch später angefochten worden sei; die Behauptung, der Beklagte sei auf das behauptete Geschäft durch seinen Vertreter, eventuell, falls dessen Vertretungsmacht angezweifelt werden sollte, kraft nachträglich erteilter Genehmigung verpflichtet; hierher gehört weiterhin die eventuelle Verbindung von Tatsachenbehauptungen, die lediglich der Bestimmung der Höhe, nicht der juristischen Natur des Anspruchs dienen, z. B. die Behauptung, eine Geldsumme sei als vereinbarter, eventuell als sachgemäßer Kaufpreis zu zahlen; überhaupt fallen hierher alle diejenigen tatsächlichen Behauptungen, durch die der an sich feststehende Tatbestand ergänzt, berichtigt, erweitert oder beschränkt wird (vgl. § 268 Ziff. 1 und 2 CPO.). Wo dagegen die eventuellen Behauptungen, sei es für sich allein oder in Verbindung mit der primären Behauptung, einen neuen Tatbestand bilden, haben die für die Anspruchshäufung geltenden Grundsätze Anwendung zu finden, was z. B. Meyer in Z. Band 23, S. 32 ff. verkennt.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß es sich auch bei den vorstehenden Ausführungen lediglich um die Darstellung des Regelfalles handelt; es wird dabei nicht verkannt, daß selbstverständlich gerade diese nicht der abstrakten Rechtskonstruktion, sondern der konkreten Sachlage angehörigen Nebenumstände häufig die Identität des Anspruchs in ausschlaggebender Weise mitbestimmen, nämlich immer dann, wenn es sich darum handelt, den Anspruch nicht von inhaltlich anders gearteten Ansprüchen abzugrenzen, sondern von gleichgearteten, jedoch bei anderer äußerer Gelegenheit, also durch einen anderen historischen Vorgang erwachsenen Ansprüchen; der Anspruch aus einem Kauf vom 1. Juli ist selbstverständlich, wenn es sich um den Abschluß zweier Kaufverträge handelt, ein anderer als der aus einem

Kauf vom 1. August, selbst wenn die einzelnen Tatumstände völlig die gleichen sind. Ob im einzelnen Fall ein einziger Anspruch, über dessen äußere Entstehungsumstände der Kläger keine sichere Kenntnis besitzt und über die er daher verschiedene Möglichkeiten aufstellt, geltend gemacht werden soll, oder eine Mehrheit von zwar gleichartigen, aber infolge von Verschiedenheit der Entstehung selbständigen Ansprüchen, ist Auslegungsfrage, deren Beantwortung regelmäßig keine großen Schwierigkeiten machen wird.

Die rechtliche Behandlung ergibt sich aus der Identität des geltend gemachten Prozeßgegenstands: mit der Erledigung des erhobenen Anspruchs aus irgend einem der vorgetragenen Gesichtspunkte ist die ganze Streitsache als solche erledigt; eine besondere Erledigung der überflüssigen eventuellen Behauptungen ist nicht erforderlich und rechtlich nicht möglich; selbständige Erledigung einzelner Klagebehauptungen im Verfahren v o r der Endentscheidung erfolgt durch Zwischenurteil; an Einhaltung der vom Kläger vorgetragenen Reihenfolge der Behauptungen hat dieser kein Interesse, dieselbe ist daher für den Richter nicht bindend; in zweiter Instanz können die sämtlichen Behauptungen wieder aufgenommen und zur Grundlage des Urteils gemacht werden; hinsichtlich der Kosten des über eine einzelne Behauptung erforderlichen Beweiseinzugs gilt gegebenenfalls § 96 CPO.

§ 5.

Mehrheit der Gesuche bei Einheit des Anspruchs.

I.

Anspruchshäufung liegt auch dann nicht vor, wenn die Verwirklichung einer und derselben Rechtsfolge im Wege verschiedener Modifikationen erstrebt wird (vgl. oben S. 8—9). Dieser Fall charakterisiert sich dadurch, daß trotz Identität des verfolgten materiellen Anspruchs im Prozeß verschiedene Gesuche gestellt werden. Um sich über das Verhältnis des einzelnen Gesuchs zu der mit ihm verfolgten Rechtsfolge klar zu werden, hat man eine wichtige Unterscheidung zu beachten: Die Rechtsfolge, welche

der Kläger dem Beklagten gegenüber beansprucht, ist Gegenstand des Prozesses nur in dem Umfang, in dem sie der Kläger im Prozeß durch den Klageantrag geltend macht. Daraus folgt, daß sie nicht unter allen Umständen mit dem letzteren identisch ist, nämlich immer dann nicht, wenn die Möglichkeit einer Abstufung ihres Umfangs, sei es in qualitativer oder quantitativer Richtung besteht; denn in diesen Fällen ergibt sich die Möglichkeit verschiedener, dem Umfang nach abgestufter Gesuche trotz Einheit der durch die verschiedenen Gesuche verfolgten Rechtsfolge. Es ist somit nicht angängig, aus der Mehrheit der Gesuche unter allen Umständen auch auf eine Mehrheit der durch dieselben zu realisierenden Ansprüche schließen zu wollen. Man hat vielmehr überall da, wo der Kläger mehrere Gesuche heranzieht, zu untersuchen, ob dieselben der Verwirklichung einer einheitlichen oder verschiedener Rechtsfolgen dienen. Wo der erstere Fall vorliegt, ergibt sich aus der Identität der in Frage stehenden Rechtsfolge, daß die Verschiedenheit der Gesuche niemals in ihrem materiellrechtlichen Inhalt, sondern lediglich im Umfang des Beanspruchten begründet sein kann.

Die Abstufung kann zunächst eine rein quantitative sein, d. h. der Kläger stellt mit Bezug auf dieselbe Rechtsfolge ein Plus- und ein Minusgesuch. Es handelt sich hierbei darum, daß durch das primäre Gesuch der nämliche Anspruch in einem größeren Umfang geltend gemacht wird, der durch das eventuelle Gesuch in geringerem Umfange erhoben wird. Zwischen den beiden Gesuchen besteht also ein inneres rechtliches Band, kraft dessen das mindere Gesuch nicht nur hinsichtlich seines wirtschaftlichen Wertes, sondern seinem rechtlichen Inhalt und seiner juristischen Struktur nach im weitergehenden vollauf enthalten ist, so daß, wie RGE. 18, S. 385 sich ausdrückt, die Entscheidung über das primäre Gesuch mit Rechtsnotwendigkeit auch das eventuelle Gesuch nach allen Richtungen hin erledigt.

Versuchen wir nun zu bestimmen, wann die ein derartiges Verhältnis bedingende Einheitlichkeit des Anspruchs vorliegt, so besteht kein Grund, von der in § 1 gegebenen Begriffsbestimmung des Anspruchs im materiellen Sinn abzugehen. Wenn

Petersen S. 509 und Gaupp-Stein § 260 Anm. II b in unseren Fällen den Anspruch mit dem ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnis identifizieren, so geht das zu weit. Die Identität des Grundrechtsverhältnisses hat mit der Identität des konkreten Einzelanspruchs nichts zu tun; dies ist ohne weiteres klar bei dinglichen Rechtsverhältnissen; es gilt aber nicht weniger von allen übrigen, insbesondere auch von relativen Rechtsverhältnissen; auch aus dem Rechtsverhältnis des Kaufs können z. B. verschiedene Einzelansprüche abgeleitet werden, die zwar sämtliche auf das Grundrechtsverhältnis zurückgehen, dennoch aber im einzelnen ihren eigenen abgeschlossenen Tatbestand haben. Aus diesem Grunde ist auch die von Petersen a. a. O. vorgenommene Zusammenfassung der Ansprüche auf Herausgabe einer Sache oder zum Ersatz des Wertes oder zu Schadensersatz zu einem einheitlichen Anspruch meines Erachtens deshalb unmöglich, weil regelmäßig Wertsersatz bezw. Schadensersatz nur gefordert werden kann, wenn die ursprüngliche Leistung unmöglich geworden ist; der Anspruch auf die Ersatzleistung setzt also einen ganz speziellen Einzeltatbestand voraus und ist daher von dem auf die ursprüngliche Leistung gerichteten dem Grunde nach verschieden.

Allerdings muß zugegeben werden, daß sowohl Petersen wie Gaupp-Stein in gewisser Hinsicht von einer zutreffenden Grundlage ausgehen: es sind nämlich einige wenige Fälle denkbar, in welchen aus einem und demselben Tatbestand verschiedene parallel laufende rechtliche Folgen erwachsen; so kann z. B. der Kläger auf Grund der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache wahlweise Wandlung, Minderung und, falls die Zusicherung in besonders modifizierter Weise stattgefunden hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; oder es kann der Besteller eines Werkes gemäß § 634 Abs. 3 BGB. bei Mangelhaftigkeit des Werkes Wandlung oder Minderung fordern mit der Maßgabe, daß bei Geringfügigkeit des Mangels sich der Anspruch auf die Minderung beschränkt. In diesen Fällen liegt ein ähnliches Verhältnis vor wie bei der eigentlichen Alternativobligation. Das Wesentliche dieses Verhältnisses liegt darin, daß die verschiedenen Rechtsfolgen dem Kläger sämtliche nebeneinander, also wahlweise

zustehen, d. h. daß sie sich in ihren Voraussetzungen nicht gegenseitig ausschließen. Der Unterschied von der Wahlobligation liegt aber einmal darin, daß diese Voraussetzungen nicht für sämtliche Ansprüche dieselben sind, sondern daß jeder Anspruch von bestimmten Spezialvoraussetzungen abhängt, und sodann darin, daß diese Spezialvoraussetzungen sich derart abstufen, daß der weitere Voraussetzungskreis stets den weniger weitgehenden in sich enthält. Die Sachlage ist also die, daß durch Wegfall einiger besonderer Tatumstände lediglich eine Wahlmöglichkeit für den Kläger eingeschränkt wird, die ihm von vornherein an sich zusteht, von der er aber nur in der Weise Gebrauch macht, daß er die zweite Leistung erst wählt, wenn er die erste nicht erringen kann. Man kann daher von der sukzessiven Geltendmachung eines Alternativverhältnisses sprechen. Wie nun aber beim reinen Alternativverhältnis die Parallelstellung der Leistungen bewirkt, daß keiner von ihnen selbständige Bedeutung im Sinne eines selbständigen Anspruchs zukommt, so führt auch in unserem Fall das Parallelverhältnis dazu, daß die einzelnen Rechtsfolgen ihre Bedeutung als selbständige Anspruchselemente verlieren und lediglich als verschiedene Wege zur juristischen Befriedigung eines und desselben Anspruchs erscheinen. Daher macht der Kläger, der im Fall des § 463 BGB. unter Behauptung falscher Zusicherung zur Zeit des Vertragsschlusses auf Schadensersatz, eventuell, d. h. für den Fall der Unerweislichkeit der Zeit der Zusicherung aus dieser schlechtweg auf Einwilligung in die Wandlung oder Minderung klagt, sowie der Kläger, der gemäß § 634 BGB. unter Behauptung der Mangelhaftigkeit des Werks auf Wandlung, eventuell, d. h. für den Fall, daß der Mangel vom Gericht für geringfügig erachtet werden sollte, auf Minderung klagt, stets nur einen und denselben materiellen Anspruch geltend. Dagegen handelt es sich um die Geltendmachung verschiedener selbständiger Ansprüche immer dann, wenn die an sich parallelen Rechtsfolgen aus verschiedenen Tatbeständen hergeleitet werden, wenn also im Falle des § 463 z. B. die Schadensersatzforderung auf Arglist, der eventuelle Wandlungs- oder Minderungsanspruch auf bloße Fehlerhaftigkeit gestützt wird. Im zuerst genannten Fall entspringen beide Rechtsfolgen einem

und demselben, wenn auch modifizierten Tatbestand der bloßen objektiven Fehlerhaftigkeit der Kaufsache, im zweiten Fall dagegen tritt zu dem Tatbestand der Fehlerhaftigkeit ein weiterer selbständiger Tatbestand in der Behauptung der arglistigen Täuschung. Nur im ersteren Fall läßt sich sagen, daß aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ein einheitlicher Anspruch dahin abgeleitet werden kann, daß der Beklagte auf Grund desselben zu einer von mehreren Leistungen verpflichtet sei. Die Grundlage des Prinzips aber ist nicht die Einheitlichkeit des übergeordneten Rechtsverhältnisses, aus welcher an sich rein gar nichts abzuleiten ist, sondern das im weiteren Sinne alternative Verhältnis der einzelnen Leistungen selbst, das wir das Verhältnis der „Parallelität" nennen wollen. Dasselbe aber ist bei weitem nicht so häufig wie die oben genannten Schriftsteller anzunehmen scheinen und liegt insbesondere in den oben zitierten Beispielen von Petersen gerade nicht vor; denn aus dem Tatsachenkomplex der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung folgt eben nur der Schadensersatzanspruch, während der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist. Es liegt hier also, wie unten § 9 darzulegen sein wird, reine Eventualität, keine Alternativität vor. Gerade daraus, daß es sich in unseren Fällen um einen im weiteren Sinn alternativ gefaßten Anspruch handelt, daß mit anderen Worten das Verhältnis nicht das des aut-aut, sondern das des sive-sive ist, erklärt sich auch die von Gaupp-Stein hervorgehobene Tatsache, daß das zweite Gesuch gegenüber dem ersten nicht nur ein Minus, sondern auch ein Aliud enthalten kann; mehrere Gesuche, die sich auf einen Anspruch mit einfachem Inhalt beziehen, können nur im Umfang voneinander abweichen, Gesuche, die sich dagegen auf einen Anspruch mit alternativem Inhalt beziehen, aber auch nur sie, können inhaltliche Abweichungen aufweisen, d. h. sie können anstatt im Verhältnis des Plus zum Minus auch in dem des Aliud zum Aliud stehen. Wo ein solches alternatives Verhältnis nicht besteht, ist daran festzuhalten, daß jede Häufung selbständiger Rechtsfolgen zur Anspruchhäufung führt.

Wo nun im Sinne der vorstehenden Ausführungen trotz Mehrheit der Gesuche ein einheitlicher Anspruch als Prozeßgegenstand

in Frage steht, ist es durchaus nicht erforderlich, daß der Richter die den Gegenstand des eventuellen Gesuchs bildende Leistung müsse auch ohne ausdrücklichen Antrag zuerkennen können. Dies trifft nur bei quantitativer Abstufung des Anspruchsgegenstands zu (z. B. geringerer Kaufpreis u. a.), und zwar deshalb, weil hier das quantitativ geringere Gesuch lediglich einen ziffernmäßigen Bruchteil des quantitativ höheren Gesuchs darstellt. Das Minus des eventuellen Gesuchs kann aber, wie Eccius in Gruchot, Band 33 S. 142 richtig bemerkt, auch ein qualitatives sein und darin liegen, daß derselbe Leistungsgegenstand unter einer Modifikation gefordert wird, die an sich ohne ausdrücklichen Antrag nicht zuzusprechen wäre. Dies gilt z. B. für die Einrede der Sicherstellungspflicht aus § 258 BGB.: wenn der Kläger schlechthin die Gestattung der Wegnahme fordern darf, so kann er sie natürlich auch gegen Sicherheitsleistung verlangen; das Minus geht also im Plus auf; dennoch würde die Einrede des Beklagten mangels ausdrücklichen Antrags des Klägers zur Abweisung und nicht etwa zur Zuerkennung des Geforderten mit dem Beifügen „gegen Sicherstellung“ führen. Dagegen hat gemäß § 274 BGB. der Richter bei schlechthin erhobener Leistungsklage auf die Einrede des Beklagten hin, falls dieselbe nicht durch den Kläger erfolgreich bekämpft wird, von Amts wegen auf das Minus der „Leistung nur gegen Gegenleistung“ zu erkennen. Ohne Unterscheidung schlechthin jedes quantum minus, sofern dasselbe eine dem Maße nach feststellbare Beschränkung des quantum plus darstellt, von Amts wegen auch ohne besonderen Antrag zusprechen zu lassen, wie Gaupp-Stein zu § 308 Note I 4 will, erscheint als zu weitgehend, insbesondere dort, wo dem Beklagten zum Zweck der Geltendmachung der Beschränkung eine materiell-rechtliche Einrede zur Verfügung steht, deren Geltendmachung die völlige Abweisung des Plusantrags zur Folge haben müßte (z. B. kann meines Erachtens bei Geltendmachung der Einrede mangelnder Fähigkeit der Richter ohne besonderen Antrag nicht zur zukünftigen Leistung verurteilen).

Für die prozessuale Behandlung unserer Fälle ergibt sich aus ihrer juristischen Konstruktion folgendes:

Der Kläger, der für den Fall, daß er mit seinem weitergehenden, bezw. wo ein Parallelitätsverhältnis vorliegt, mit dem von ihm in erster Linie erstrebten Gesuch nicht durchdringt, ein Gesuch von geringerem Umfang, bezw. ein Gesuch von zwar anderem, aber dem ersten parallel laufenden Inhalt stellt, macht damit weder einen bedingten Anspruch geltend, noch fordert er in bedingter Weise Rechtsschutz.

Er unterbreitet vielmehr dem Richter bezüglich desselben materiellen Anspruchs verschiedene Wege der juristischen Befriedigung in der Art, daß naturgemäß der zweite nur noch für den Fall in Betracht kommt, daß der erste nicht schon zur Befriedigung und damit überhaupt zur Erledigung des Anspruchs führt. Die Zulässigkeit derartiger Gesuche unterliegt keinem Bedenken. Da nur ein einziger Anspruch in Frage steht, findet eine Zusammenrechnung der Gesuche zum Zwecke der Streitwertbestimmung nicht statt, maßgebend ist vielmehr das höherwertige Gesuch. Der Richter ist an die Anträge der Partei auch insofern gebunden, als er die von der Partei gewünschte Reihenfolge einzuhalten hat; es folgt dies aus dem im ersten Fall durch das gegenseitige Wertverhältnis, im anderen Fall durch den Umfang der zugrunde liegenden Tatsachenkreise sich ergebenden logischen Verhältnis der Gesuche, nach welchem das höherwertige, bezw. das an den größeren Tatsachenkomplex gebundene Gesuch zuerst zu erledigen ist. Erkennt der Richter nach dem primären Gesuch, so hat er damit über den Anspruch als solchen entschieden; das eventuelle Gesuch ist ipso jure gegenstandslos geworden; eine Entscheidung über dasselbe ist nicht nur überflüssig, sondern unmöglich, da ein entscheidungsbedürftiger Anspruch ja gar nicht mehr vorhanden ist, nachdem der einzige in Frage stehende Anspruch mit der Entscheidung des primären Gesuchs seine Erledigung gefunden hat. Das Urteil, das nach dem primären Gesuch erkennt, ist somit das Urteil über den erhobenen Anspruch schlechthin, es ist weder Teil- noch Zwischenurteil. Verwirft der Richter das primäre Gesuch, so ist damit nicht der erhobene Anspruch, sondern nur die eine Möglichkeit seiner Verwirklichung erledigt, der Anspruch als solcher bleibt in der Gestalt des eventuellen Gesuches

noch anhängig und insoweit entscheidungsbedürftig. Eine ausdrückliche Abweisung des primären Gesuchs ist nur dann erforderlich, wenn dasselbe gegenüber dem eventuellen Gesuch das quantitative Plus enthält; in diesem Fall ist der Kläger, da hier die beiden Gesuche denselben Streitgegenstand nur nach verschiedenen Bruchteilen geltend machen, mit der Differenz zwischen dem ersten und zweiten Gesuch als mit einem Bruchteil des Beanspruchten abzuweisen. In allen anderen Fällen dagegen ist eine besondere Abweisung des primären Gesuchs überflüssig; ergeht sie, was im Ermessen des Gerichts steht, dennoch, so stellt sich die Entscheidung nicht als Teilurteil, sondern als Zwischenurteil dar, das keiner selbständigen Anfechtung fähig ist. Was die Kostenpflicht betrifft, so findet bei quantitativer Abstufung der Gesuche § 92 CPO. auf das Unterliegen mit dem weitergehenden Gesuch Anwendung (Kostenpflicht des Klägers), da insofern von einem Unterliegen des Klägers zu einem Bruchteil des Streitgegenstands gesprochen werden kann; dagegen gilt dies dann nicht, wenn die Gesuche nicht Teile eines an sich teilbaren Streitgegenstandes enthalten, sondern eine qualitative Abstufung desselben oder gar ein Aliud; in diesem Fall findet auf das unbegründete Gesuch lediglich § 96 CPO. Anwendung, da hier der primäre Klageantrag ein einzelnes ohne Erfolg gebliebenes Angriffsmittel darstellt[1]. Kommt der Rechtsstreit in die zweite Instanz, so gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen: gleichgültig ist, welchem Gesuch in erster Instanz stattgegeben worden war; stets kommt — allerdings nur im Umfang der Berufungsanträge — der Streit über den Anspruch als solchen ans Berufungsgericht, einerlei, welche Einzelpunkte gerade in erster Instanz behandelt worden waren[2]. Die verschiedenen zur Entscheidung verstellten Wege der juristischen Befriedigung sind lediglich „Streitpunkte“ im Sinne des § 537 CPO. Daraus folgt, daß der Berufungsrichter, wenn er das primäre Gesuch seinerseits verwirft, ohne weiteres über das eventuelle, sofern es in zweiter Instanz aufrecht erhalten ist, zu

[1] Vgl. RG. in Jurist. Wochenschrift 1902, S. 359.
[2] Vgl. RGE. 18, S. 388 und RG. bei Gruchot 29, S. 421.

entscheiden hat, trotzdem die erste Instanz über dasselbe eine Entscheidung nicht getroffen hat; umgekehrt ist der Berufungsrichter, wenn der mit dem primären Gesuch unterlegene Kläger Berufung eingelegt hat, nicht gehindert, das primäre Gesuch zuzuerkennen, auch wenn in erster Instanz nur über das eventuelle Gesuch entschieden worden war; legt dagegen nur der Beklagte gegen die Zuerkennung des eventuellen Gesuchs Berufung ein, so kann der Berufungsrichter, selbst wenn er das primäre Gesuch in vollem Umfang für gerechtfertigt hält, doch keineswegs über den Umfang des eventuellen Gesuchs zugunsten des Klägers hinausgehen (§ 536 CPO.).

II.

Besonderer Ausführung bedarf das Verhältnis der Leistungsklage zur Feststellungsklage und die Frage, inwieweit zwischen diesen Klagen ein dem seither behandelten Plus-Minus-Verhältnis ähnliches Verhältnis besteht, das ihre Verbindung nicht als eine Häufung selbständiger Klagen, sondern als eine Mehrheit von unselbständigen Gesuchen erscheinen läßt.

Auszugehen ist davon, daß Gegenstand der Feststellungsklage nicht ein besonderer, in Parallele mit dem den Gegenstand der Leistungsklage bildenden „Leistungsanspruch" stehender, gegen den Beklagten gerichteter, materiell-rechtlicher „Anspruch auf Anerkennung oder Feststellung" ist. Einen derartigen allgemeinen materiell-rechtlichen Anspruch kennt das Gesetz nicht. Gegenstand der Feststellungsklage ist vielmehr, wie bei der Leistungsklage auch, das zur Entscheidung verstellte materielle Rechtsverhältnis, um dessen Existenz oder Nichtexistenz es sich gerade handelt. Wo Feststellungs- und Leistungsklage sich daher auf dasselbe materielle Rechtsverhältnis (denselben materiell-rechtlichen „Anspruch") beziehen, ist ihr Unterschied lediglich in der Verschiedenheit der Rechtsschutzvoraussetzungen begründet: während bei der Feststellungsklage eine bloße Gefährdung des materiellen Rechtsverhältnisses in Frage steht, setzt die Leistungsklage dessen positive Verletzung voraus; das Rechtsschutzinteresse des Klägers wird also dort durch drohende, hier durch eingetretene Rechts-

verletzung begründet. Die Feststellungsklage macht somit dasselbe Rechtsverhältnis nur in einem früheren Entwicklungsstadium geltend, als es die Leistungsklage tut. Beide stehen, wie RGE. 23, S. 419 ausführt, in bezug auf dasjenige, was sie erwirken wollen, im Verhältnis des Vor- oder Rückschreitens auf dem Wege zum Endergebnis der Befriedigung wegen eines und desselben privatrechtlichen Anspruchs. Dies ist ohne weiteres da einleuchtend, wo sich die Feststellungs- und die Leistungsklage auf denselben konkreten Einzelanspruch beziehen. Es gilt ferner für das Verhältnis einfacher obligatorischer Rechtsverhältnisse als solcher zu den aus ihnen erwachsenden konkreten Leistungsansprüchen, sofern das Rechtsverhältnis sich in einem einmaligen Leistungsanspruch erschöpft; denn hier besteht ein Gegensatz zwischen dem Rechtsverhältnis und dem aus ihm abgeleiteten Anspruch im Grund genommen überhaupt nicht; das Rechtsverhältnis ist von Anfang an kein ruhendes, sondern ein sich auf seine Auflösung durch Ausgleich der in ihm enthaltenen Forderungen und Verpflichtungen hinbewegendes; die auf das Rechtsverhältnis sich beziehende Feststellungsklage macht also hier dieselbe materielle Rechtsposition des Klägers geltend, wie die auf den Leistungsanspruch gestützte Leistungsklage. Komplizierter liegen die Verhältnisse bei absoluten und solchen relativen Rechtsverhältnissen, die sich nicht in einem einmaligen Leistungsanspruch erschöpfen. Bei ihnen scheint zunächst zwischen Rechtsverhältnis und Anspruch insofern ein Gegensatz zu bestehen, als diese Rechtsverhältnisse keine im Fluß befindlichen, sondern ruhende sind, die ihren Zweck in sich selbst, d. h. in ihrer bloßen objektiven Existenz tragen; Ansprüche k ö n n e n aus ihnen erwachsen, m ü s s e n es aber nicht. Dennoch ist es auch hier denkbar, daß die auf das Rechtsverhältnis als solches gerichtete Feststellungsklage dieselbe Rechtsposition des Klägers gegen drohende Rechtsverletzung verteidigt, welche die auf den konkreten Anspruch gestellte Leistungsklage gegen bereits eingetretene Rechtsverletzung in Schutz nehmen will; es ist also mit anderen Worten auch hier möglich, daß der materielle Gegenstand beider Klagen derselbe ist und nur die Rechtsschutzvoraussetzungen wechseln.

Ob dies der Fall ist oder nicht, ist Auslegungsfrage, deren Beantwortung noch von einer weiteren Erwägung abhängt: in denjenigen Fällen nämlich, wo das geltend gemachte Rechtsverhältnis durch die eine Leistungsklage völlig erschöpft wird, stellt sich die auf das Rechtsverhältnis selbst gerichtete Feststellungsklage nur als Vorbereitung der künftigen Leistungsklage dar, wo dagegen, wie in den zuletzt erwähnten Fällen, die eine Leistungsklage das Rechtsverhältnis nicht erschöpft, kann der Feststellungsklage insofern selbständige Bedeutung zukommen, als eben neben dem den Gegenstand der fraglichen Leistungsklage bildenden einen Anspruch noch andere Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnis erwachsen können, und eine Feststellung des Rechtsverhältnisses als solchen nicht sowohl mit Rücksicht auf jenen Gegenstand der Leistungsklage, sondern mit Rücksicht auf die übrigen, unter Umständen noch entstehenden Ansprüche angezeigt erscheint. In diesen Fällen hat die Feststellungsklage der konkreten Leistungsklage gegenüber nicht vorbereitenden Charakter, sie erscheint vielmehr gerade ohne jeden Zusammenhang mit dieser als universelle Klage. Es wäre widersinnig, hier die Feststellungsklage als ein Minus der Leistungsklage zu bezeichnen.

Dies ist für das Verhältnis der Feststellungs- zur Leistungsklage schon von RGE. 23, S. 420 anerkannt, indem das Reichsgericht es als „bedenklich“ bezeichnet, eine bloße Erweiterung des bisherigen Klageantrags dann anzunehmen, wenn im Wege der Feststellungsklage zunächst ein rechtliches Verhältnis einer Person in der Art geltend gemacht werde, daß völlig dahingestellt bleibe, ob aus demselben überhaupt ein privatrechtlicher Anspruch und eventuell welcher hergeleitet werden solle, und nun nachträglich ein solcher Anspruch in der Tat erhoben werde. Das Entsprechende muß aber auch für den umgekehrten Fall gelten, daß zunächst eine bestimmte Leistungsklage erhoben und dann nachträglich zur Feststellung aus dem Grundrechtsverhältnis übergegangen wird ohne Rücksicht auf einen bestimmten, sei es schon erhobenen, sei es noch zu erhebenden konkreten Leistungsanspruch. (Ebenso R o c h o l l S. 396 Ende von Ziff. 3 und auch

die Ausführungen von Struckmann-Koch § 256 Note 10 sind wohl so zu verstehen.)

Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß überall da, wo mit einer konkreten Leistungsklage die auf dasselbe Rechtsverhältnis gerichtete Feststellungsklage in der Weise eventuell verbunden wird, daß Feststellung nur zur Vorbereitung einer ganz bestimmten Leistungsklage und nur für den Fall und aus dem Grund gefordert wird, daß die Rechtsschutzvoraussetzungen der Leistungsklage noch nicht vorliegen, es sich nicht um eine Mehrheit von Klagen, sondern um eine einheitliche Klage mit mehreren Gesuchen handelt, wie dementsprechend auch die nachträgliche Änderung der Leistungs- in die Feststellungsklage nicht als Klageänderung, sondern als Beschränkung des Klageantrags im Sinne des § 268 Ziff. 2 CPO. erscheint[1]. Wo dagegen der Kläger zur Feststellungsklage greift, um das Grundrechtsverhältnis ganz universell und ohne vorbereitende Beziehung zu einem bestimmten Einzelanspruch zur richterlichen Feststellung zu bringen, ist davon auszugehen, daß der Kläger „Anspruch" und „Rechtsverhältnis" nicht als Einheit, sondern je als selbständige Rechtspositionen geltend machen will; in diesen Fällen kann daher mit Recht von einer Mehrheit der geltend gemachten Ansprüche im Sinne der Zivilprozeßordnung und folgeweise von Anspruchs- und Klagenhäufung gesprochen werden[2].

[1] Zum gleichen Resultat gelangt Gaupp-Stein, § 268 Bem. I B, jedoch nicht im Wege der direkten Konstruktion, sondern mit Hilfe der Analogie.

[2] Vgl. hierzu noch RG. in Jurist. Wochenschrift 1893, S. 37.

B. Die eventuelle Anspruchshäufung.

§ 6.

Die einzelnen Möglichkeiten einer eventuellen Anspruchshäufung.

Die sämtlichen im folgenden zu behandelnden Fälle stellen sich als Anspruchshäufung im Sinne einer Häufung mehrerer materiell-rechtlicher Ansprüche (Prozeßgegenstände) in einer (formellen) Klage dar. Es handelt sich also überall um die Geltendmachung mehrerer selbständiger Tatbestände, aus denen identische oder verschiedene Rechtsfolgen hergeleitet werden, oder doch wenigstens um die Ableitung mehrerer selbständiger Rechtsfolgen aus einem einheitlichen Tatbestand. Dabei kann jedoch das interne Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander ein sehr verschiedenes sein.

Es lassen sich zwei große Gruppen unterscheiden, von denen die zweite wiederum mehrere Unterabteilungen aufweist.

I. Die erste Unterscheidung beruht auf wirtschaftlichen Gesichtspunkten; der wirtschaftliche Ausgangspunkt und der wirtschaftliche Zweck der einzelnen Ansprüche erscheint dabei als ausschlaggebendes Merkmal. Es kommt darauf an, ob die einzelnen Ansprüche alle derselben wirtschaftlichen Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem entspringen und folgeweise auch der Befriedigung desselben wirtschaftlichen Verhältnisses dienen oder nicht. Die Identität des wirtschaftlichen Ausgangspunkts und des wirtschaftlichen Ziels der Ansprüche bedingt ihre innere Zusammengehörigkeit und wenn man will ihre gegenseitige Abhängigkeit, welche ihrerseits wieder der Zusammenfassung aller

Ansprüche in einer Klage als Grundlage und innere Rechtfertigung dient.

Den Gegensatz hierzu bilden solche Fälle, wo jeder Anspruch seine eigene wirtschaftliche Bedeutung, insbesondere sein eigenes wirtschaftliches Ziel hat und wo daher der Zusammenfassung der Ansprüche in einer Klage die wirtschaftliche Rechtfertigung fehlt (§ 7 der Abhandlung).

Hierbei ist zu beachten, daß die Identität der wirtschaftlichen Einheit verschiedener Ansprüche nicht zusammenfällt mit der Identität des historischen Vorgangs; auch Ansprüche, die aus verschiedenen tatsächlichen Vorgängen erwachsen sind, können wirtschaftlich eine Einheit bilden, nämlich dann, wenn sie dasselbe wirtschaftliche Ziel verfolgen. Ausschlaggebendes Kennzeichen der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit mehrerer Ansprüche ist, daß auf Grund sämtlicher Ansprüche jedenfalls nur einmalige Befriedigung erfolgen darf, so daß also mit der bis zur Erlangung der Befriedigung durchgeführten Verfolgung des einen Anspruchs dem andern die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird.

Als Beispiele seien genannt:

für die wirtschaftliche Verschiedenheit der Ansprüche: Forderung von 100 Mark aus Darlehen, eventuell Anspruch auf Auflassung eines Hauses; oder: Klage des Anerben gegen den als Interimswirt in den Besitz des Hofes gelangten Stiefvater auf Herausgabe eines angeblich nicht zum Hofesvermögen gehörigen Grundstücks, eventuell Klage desselben Klägers als Erbe beider Eltern gegen den Stiefvater als Erbschaftsbesitzer auf Erbteilung (RG. vom 29. April 1887, Entscheidungen 18, S. 385);

für die wirtschaftliche Einheit der Ansprüche: Klage auf Herausgabe einer und derselben früher hingegebenen Sache primär auf Grund Eigentums, eventuell auf Grund Verwahrungsvertrags (Einheit des historischen Vorganges); Klage auf Zahlung derselben Schuld von 1000 Mark primär auf Grund Darlehens, eventuell auf Grund eines über dieselbe Schuld nachträglich ausgestellten abstrakten Schuldversprechens (Mehrheit der historischen Vorgänge trotz Einheit des wirtschaftlichen Zieles); Klage auf Erfüllung einer Vertragspflicht, eventuell auf Schadensersatz wegen

Nichterfüllung; Klage auf Herausgabe einer Sache, eventuell auf Wertsersatz.

II. Wo die verschiedenen materiellen Ansprüche einer wirtschaftlichen Einheit angehören, tritt dies äußerlich am unzweideutigsten dann in Erscheinung, wenn die sämtlichen Ansprüche eine und dieselbe konkrete wirtschaftliche Veränderung anstreben, wenn sie also in dem, was jeder von ihnen „beansprucht", nämlich im Petitum übereinstimmen. Beim Vorliegen einer Mehrheit der Petita dagegen zeigt sich die wirtschaftliche Einheit der Ansprüche darin, daß der Kläger stets nur auf die Verwirklichung der einen o d e r der anderen wirtschaftlichen Veränderung ein Recht hat, da mit jeder einzelnen von ihnen sich das einheitliche wirtschaftliche Interesse des Klägers, dem sie alle dienen, bereits vollständig erschöpft hat. Auf dieser Grundlage lassen sich, wenn man nach materiellen Gesichtspunkten gliedert, folgende Unterscheidungen treffen:

1. Die materiellen Ansprüche sind sämtliche vom Kläger als gegenwärtige, d. h. als ihm schon im Augenblick der Klageerhebung zustehende behauptet und zwar in der Art, daß ihre Nebeneinanderexistenz an sich möglich ist, da sie sich weder nach ihrer objektiven Natur noch nach dem Willen des Klägers gegenseitig ausschließen. Es handelt sich also um eine Mehrheit von Ansprüchen, die dem Kläger zur Erreichung eines und desselben wirtschaftlichen Zieles gleichzeitig zur Verfügung stehen, somit um einen Fall der „Anspruchskonkurrenz". Diesen Fall bezeichnen wir mit Rücksicht darauf, daß der Kläger die Wahl hat, welchen Anspruch er bis zur Befriedigung durchführen will, im folgenden als das Verhältnis der „Elektivität" (§ 8 der Abhandlung).

2. Im zweiten Fall macht der Kläger wiederum mehrere Ansprüche als gegenwärtige, unbedingte geltend. Im Gegensatz zu Ziff. 1 aber kann hier der eine Anspruch nur bestehen, wenn und weil der andere nicht besteht. Die Existenz des einen Anspruchs ist also negative Voraussetzung für die Existenz des anderen; d. h. es kann von zweien immer nur der eine oder der andere begründet sein. Hier handelt es sich also nicht um ein Konkurrenz-, sondern um ein gegenseitiges materielles (nicht nur wirtschaftliches)

Ausschließungsverhältnis der Ansprüche im Sinne von aut-aut, das im folgenden als das Verhältnis der eigentlichen „Eventualität" bezeichnet wird (§ 9 der Abhandlung).

3. Die Eigentümlichkeit der dritten Gruppe besteht darin, daß hier der eine der geltend gemachten materiellen Ansprüche selbst ein bedingter ist. Die Sachlage ist die, daß dem Kläger für den Fall, daß der an sich bestehende primäre Anspruch tatsächlich nicht zur Befriedigung seines wirtschaftlichen Interesses führt, ein weiterer Hilfsanspruch erwächst, dessen endgültige, unbedingte Existenz eben von der feststehenden Erfolglosigkeit des primären Anspruchs abhängt. Es stehen also dem Kläger von vornherein beide Ansprüche, nämlich der eine als gegenwärtiger und unbedingter, der andere als zukünftiger und bedingter zu. Diese Konstellation bezeichnen wir im folgenden als das Verhältnis der „Ersatzklagen" (vgl. § 10 der Abhandlung).

§ 7.

Eventuelle Einklagung von Ansprüchen, die nicht eine wirtschaftliche Einheit bilden.

Der hier zu besprechende Fall liegt dann vor, wenn von den erhobenen materiell-rechtlichen Ansprüchen jeder seinen eigenen, besonderen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, wenn der Kläger also auf die Verwirklichung der sämtlichen angestrebten wirtschaftlichen Veränderungen ein Recht hat oder wenigstens zu haben behauptet. Die charakteristische äußere Ausdrucksform solcher Klagen ist die des mehrfachen Klageantrags bei Mehrheit der Tatbestände, indem jeder der angestrebten Zwecke in einem eigenen Antrag seinen Ausdruck findet. Mehrheit der Klageanträge, d. h. Mehrheit des „Beanspruchten" liegt aber auch da vor, wo die beanspruchten Rechtsfolgen zufällig übereinstimmen, sofern sie nur der Verfolgung verschiedener wirtschaftlicher Zwecke dienen, der Kläger sie also mehrfach fordern kann. Maßgebend ist lediglich, daß der Kläger ein Recht auf mehrfache wirtschaftliche Befriedigung hat, daß aus der Befriedigung auf Grund des einen

Anspruchs ihm keine Einrede gegen die Befriedigung aus dem anderen entgegengehalten werden kann.

Wo die erhobenen Ansprüche derartig wirtschaftlich selbständig sind, läßt sich ein sachlicher Grund für die Eventualstellung im Prozeß nicht finden. Da der Kläger Befriedigung auf Grund des einen u n d des anderen Anspruchs fordern kann, so ist eine rechtliche Notwendigkeit für eine Klage auf Befriedigung aus dem einen o d e r dem andern Anspruch nicht einzusehen. Die Eventualstellung beruht hier also ausschließlich auf der Willkür des Klägers.

Eine solche Klage wird ja tatsächlich nur selten vorkommen. Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, daß der Kläger den einen Anspruch nur für den Fall in den Prozeß einführen will, daß er mit dem anderen unterliegt; man denke z. B. an folgenden Fall: der Kläger hat vom Beklagten aus Darlehen und aus Kauf je dieselbe Summe zu fordern; er klagt jedoch, um den Beklagten zu schonen, zunächst nur einmal die fragliche Summe ein, und zwar auf Grund des Darlehens; nur für den Fall, daß er mit dieser Klage abgewiesen werden sollte, will er die Klage aus dem Kauf erhoben haben, da ihm jedenfalls an sofortiger Erlangung wenigstens der einmaligen Summe gelegen ist.

Dieses Beispiel zeigt übrigens, daß eine derartige eventuelle Verbindung von wirtschaftlich selbständigen Ansprüchen durchaus nicht immer sich als Schikane des Klägers gegen den Beklagten darzustellen braucht; es läßt sich im vorliegenden Fall dem Kläger ein gewisses berechtigtes Interesse an der Eventualgeltendmachung nicht absprechen, ohne daß auf der anderen Seite durch sie erhebliche Interessen des Beklagten verletzt würden, wie es z. B. bei einer Klage der Fall wäre, die primär ein Darlehen zurückfordert, eventuell, um im Fall des Unterliegens mit diesem Anspruch den Beklagten grundlos im Prozeß festzuhalten, Auflassung eines Hauses begehrt.

Die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit derartiger Eventualhäufungen läßt sich somit nicht ohne weiteres bloß aus der Interessenlage beantworten. Die Entscheidung beruht vielmehr auf einem anderen, in der Sache selbst liegenden Merkmal: der Kläger, welcher Entscheidung über den zweiten Anspruch nur verlangt, wenn er mit dem ersten unterliegt, fügt hierdurch

dem auf den zweiten Anspruch gerichteten Rechtsschutzgesuche eine Bedingung bei, welche zur bedingten Rechtshängigkeit des eventuellen Anspruchs führt. Denn hält er trotz richterlicher Aufklärung über das in Wahrheit kopulative Verhältnis der materiellen Ansprüche an der eventuellen Stellung der Rechtsschutzbegehren fest, so führt in diesem Falle der Mangel eines inneren Zusammenhangs der Ansprüche und die wirtschaftliche Verschiedenheit des jeweils Geforderten dazu, daß die Zuerkennung des primären Anspruchs den eventuellen in keiner Weise mitbetrifft. Durch Zuerkennung des primären Petitums erhält der Kläger hier selbst dann nicht alles, was er beansprucht, wenn die beiden Petita übereinstimmenden Inhalt haben; denn er kann beides fordern und erhält nur durch doppelte Zuerkennung das, was ihm nach seiner Behauptung gebührt. Der eine Teil des vom Kläger Beanspruchten und damit die Urteilsbitte, soweit sie sich auf diesen Teil bezieht, bleibt unerledigt in der Schwebe, trotz der Entscheidung über das andere Petitum; die letztere enthält auch nicht etwa implicite eine Entscheidung über das in zweiter Linie Geforderte, sie spricht sich nur über den primären wirtschaftlichen Komplex aus, nicht auch über den eventuellen. Damit aber ist ein materieller Anspruch in den Prozeß eingeführt, d. h. rechtshängig gemacht, der trotz der Beendigung des Prozesses im Weg der Sachentscheidung (über den primären Anspruch) nicht unter allen Umständen seine Erledigung finden würde, der daher, wenn der Prozeß trotzdem über ihn nicht weiter dauern soll, nur bedingterweise zur richterlichen Verhandlung und Entscheidung verstellt und somit nur bedingt rechtshängig gemacht sein kann.

Dieses Ergebnis stimmt mit dem von Bucerius S. 199 gefundenen überein, jedoch mit einem wesentlichen Unterschied, der darin liegt, daß Bucerius die Frage, ob und wann in der Entscheidung des primären Anspruchs zugleich die Erledigung des eventuellen enthalten sei, lediglich an der Hand des subjektiven klägerischen Willens entscheidet, während nach unserer Ansicht nur das objektive Verhältnis der geltend gemachten materiellrechtlichen Ansprüche die Grundlage bilden kann.

Daß eine derartige bedingte Rechtshängigmachung prozessual unzulässig ist und aus welchen Gründen sie nicht anerkannt werden kann, sowie die prozessuale Behandlung der bedingten Klageerhebung wurde schon oben in § 2 der Abhandlung dargelegt, worauf an dieser Stelle verwiesen wird.

§ 8.

Die Elektivität.

Wie schon in § 6 der Abhandlung ausgeführt wurde, erhält dieser Fall der Klagenhäufung sein eigentümliches Gepräge durch das der Häufung zugrunde liegende Konkurrenzverhältnis der materiellen Ansprüche. Das Wesentliche ist, daß dem Kläger zur Erreichung eines und desselben wirtschaftlichen Zieles mehrere selbständige Ansprüche zur Verfügung stehen, die sich in ihren rechtlichen Voraussetzungen nicht gegenseitig ausschließen, die also auf unter sich vereinbaren Tatbeständen beruhen; dazu kommt als weitere Eigentümlichkeit, daß die Identität des wirtschaftlichen Zieles hier gleichzeitig einen rechtlichen Ausdruck in der Identität der erstrebten Rechtsfolge findet, die ihrerseits wieder in der Einheit des Klageantrags in Erscheinung tritt. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß hier nicht etwa bloße äußere Übereinstimmung der an sich verschiedenen Petita vorliegt, sondern daß für sämtliche Ansprüche das Petitum eines und dasselbe, ein einziges ist, in dem Sinne, daß der Kläger durch seine Zuerkennung alles, was ihm nach seiner Behauptung gebührt, auch tatsächlich erhält, was diese Fälle scharf von dem im § 6 behandelten Fall der äußeren Übereinstimmung mehrerer wirtschaftlich verschiedener Anspruchsobjekte unterscheidet. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, daß die Fälle der Elektivität übereinstimmen mit dem von der seitherigen Lehre außerhalb des Begriffs der Anspruchshäufung aufgestellten Sonderfall der mehrfachen, aber nicht widersprechenden Begründung derselben Klage.

Beispiele dieser Art sind: Herausgabeanspruch kraft Eigentums und kraft Verwahrungsvertrags; Anspruch auf Zahlung

einer bestimmten Summe aus Darlehen und aus abstraktem Schuldversprechen; Anspruch des Eigentümervermieters sowohl aus § 823 BGB. als aus schuldhafter Verletzung der Mieterpflicht; Anspruch auf Schadensersatz aus § 833 BGB. (Tierhaftung) und § 823 BGB. (Schuldhaftung). Dagegen stehen der Anspruch aus dem Besitz und derjenige aus Eigentum mit Rücksicht darauf, daß im possessorischen Verfahren die petitorischen Einreden ausgeschlossen sind, wohl nicht im Elektiv-, sondern im Eventualverhältnis, wobei von der Frage ganz abgesehen wird, ob überhaupt beide Ansprüche noch ein gemeinsames Petitum haben oder ob nicht vielmehr in Anbetracht dessen, daß die eine Klage eine bloß vorläufige, die andere dagegen eine definitive Regelung erstrebt, von einer Verschiedenheit der Petita gesprochen werden könnte; ob im letzteren Fall überhaupt noch von einer wirtschaftlichen Einheit beider Ansprüche in dem Sinne, daß die Erledigung des einen Anspruchs auch die Rechtshängigkeit des anderen beseitigt, gesprochen werden könnte, erscheint höchst zweifelhaft. Jedenfalls ist dieser Fall durchaus eigenartig gelagert und würde eine Klärung seiner prozessualen Verhältnisse eine eingehende Untersuchung des bis jetzt noch völlig ungeklärten materiellrechtlichen Verhältnisses beider Ansprüche erfordern. Es sei daher hier lediglich darauf hingewiesen, daß die eventuelle Verbindung beider Ansprüche in der Praxis unter dem Gesichtspunkt der Identität des Petitums zugelassen wird.

In allen diesen Fällen liegt trotz der Einheit des Petitums, sobald man nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten individualisiert, eine Mehrheit von materiellen Ansprüchen im Sinne des § 260 vor. Die Frage ist nun, ob auch dann, wenn die Ansprüche vom Kläger in ein Eventualverhältnis gesetzt werden, gleichzeitige, unbedingte Rechtshängigkeit sämtlicher Ansprüche angenommen werden kann. Das ist dann zu bejahen, wie schon in § 7 angedeutet wurde, wenn davon ausgegangen werden kann, daß die den Prozeß beendigende Sachentscheidung alle eventuellen Tatbestände erledigt in dem Sinne, daß eine weitere Verhandlung und Entscheidung über sie überflüssig wird, sie also alle mit der einen Sachentscheidung die Rechtshängigkeit wieder verlieren. Ent-

scheidend ist somit die Funktion, welche dem über das gemeinsame Petitum erkennenden Sachurteil hinsichtlich der dem Petitum zugrunde liegenden Klagegründe zukommt. Hierbei greift nun die zweite, rein prozessuale Individualisierung ein, wie sie oben S. 10 ff. erörtert wurde. Das Sachurteil ist, soweit seine rein formale Funktion als prozeßbeendigender Akt, als Antwort auf die Urteilsbitte des Klägers in Frage kommt, nichts anderes als die Entscheidung über das vom Kläger im Prozeß Beanspruchte, über das Petitum als solches. Wie die Urteilsbitte des Klägers sich auf die Entscheidung des Petitums bezieht, so hat das die Urteilsbitte erledigende Sachurteil als prozeßbeendigender Akt ebenfalls das Petitum zum Gegenstand. Daher ist der Prozeß, solange über das Petitum noch kein Ja oder Nein ergangen ist, nicht beendigt, wie umgekehrt jede Entscheidung des Petitums, als die vollständige und restlose positive oder negative Feststellung dessen, was vom Kläger als ihm gebührend verfolgt wird, die Beendigung des Prozesses bedeutet, einerlei ob auch eine Entscheidung über sämtliche Klagegründe ergangen ist oder nicht.

Daraus folgt: der Kläger, der ein und dasselbe Petitum auf verschiedene Klagegründe stützt, fordert damit nicht mehrfache, sondern nur eine einzige Sachentscheidung, er verlangt, soweit es sich um die rein prozessuale Funktion des Urteils handelt, ein Urteil nur über e i n e n „Anspruch", der seinerseits ausschließlich durch das Petitum individualisiert wird. Dadurch wird an der Tatsache nichts geändert, daß durch die Klageerhebung die sämtlichen Klagegründe Gegenstand des Prozesses geworden sind. Allein der in der Klageerhebung liegenden Entscheidungsbitte ist genügt, wenn über das Petitum als solches entschieden ist, so daß neben dieser Entscheidung regelmäßig kein Raum für weitere Sachentscheidung bleibt. Damit ist der Prozeß auch bezüglich der in der Entscheidung übergangenen Klagegründe beendigt, deren Rechtshängigkeit also in Wegfall gekommen. Es gibt somit überall da, wo die Urteilsbitte sich auf das gemeinschaftliche Petitum mehrerer materieller Ansprüche bezieht, einen ipso-jure-Wegfall der durch die Klageerhebung eingetretenen Rechtshängigkeit der sämtlichen materiellen Ansprüche, auch wenn die

Entscheidung, soweit ihre Funktion als autoritativer Feststellungsakt in Frage steht, sich nicht auf sämtliche erstreckt. Und gerade diese Möglichkeit des nachträglichen Wegfalls der Entscheidungsbedürftigkeit ist der Grund, welcher die ursprünglich gegebene Rechtshängigkeit der eventuellen Ansprüche nicht als eine bedingte erscheinen läßt. Darin liegt der Gegensatz zu den Fällen des § 7: dort bleibt der einem anderen wirtschaftlichen Interessenkreis angehörige zweite Anspruch auch nach bejahender Erledigung des primären Anspruchs objektiv betrachtet noch entscheidungsbedürftig, die Willkür des Klägers ist es, die in diesem Fall seine Entscheidung hindert, während im Fall der Elektivität nach Erledigung des Petitums ein entscheidungsbedürftiger Anspruch im Sinne eines vom Kläger noch weiter „Beanspruchten" überhaupt nicht mehr vorliegt. Von der Unzulässigkeit einer derartigen Eventualhäufung unter dem Gesichtspunkt der bedingten Rechtshängigkeit kann somit keine Rede sein.

Für die formale Behandlung des Prozesses stellt sich also diese Art der Klagehäufung als die Verhandlung und Entscheidung einer einheitlichen, auf ein einziges Petitum gerichteten Urteilsbitte dar. Daraus ergeben sich für die Praxis folgende Konsequenzen:

Die Identität des Petitums als des Anspruchs im rein prozessualen Sinn verbietet eine Teilung des Verfahrens nach § 145 und fordert eine solche nach § 146 CPO.

Die Beendigung des Prozesses erfolgt durch Entscheidung der einheitlichen Urteilsbitte, also durch Zu- oder Aberkennung des Petitums; alle vorhergehenden Entscheidungen, welche nicht, oder besser gesagt noch nicht eine Entscheidung über das Petitum als solches darstellen, sind somit nicht Teil-, sondern Zwischenurteile, mögen sie auch ganze selbständige Tatbestände zum Gegenstand haben. Das führt allerdings zu der Annahme einer Aberkennung (nur eine solche kann in Frage kommen, vgl. unten) eines materiellen Anspruchs durch Zwischenurteil, was sich jedoch angesichts der formellen Gestaltung der Zivilprozeßordnung nicht vermeiden läßt.

Erscheint das Petitum aus einem der mehreren Klagegründe gerechtfertigt, so hat Endurteil zu ergehen: denn das Urteil ist in

diesem Fall die Entscheidung über den Anspruch selbst; einer Entscheidung über die übrigen Klagegründe bedarf es nicht; das Urteil erledigt den Prozeß als ganzes und beseitigt mit Eintritt der Rechtskraft die Rechtshängigkeit der sämtlichen materiellen Ansprüche. Ist ein Klagegrund unbegründet, so hat weiterhin die Prüfung der übrigen zu erfolgen. Eine das Petitum abweisende Entscheidung ist erst nach Prüfung sämtlicher Klagegründe möglich. Eine gesonderte Entscheidung über den unbegründeten Klagegrund ist nicht erforderlich, hat aber, wenn sie ergeht, durch Zwischenurteil zu erfolgen.

An die Einhaltung der vom Kläger aufgestellten Reihenfolge der Klagegründe ist das Gericht bei ihrer Prüfung nicht gebunden. Für eine solche Gebundenheit fehlt jeder rechtliche Grund, da die Klagegründe in keinerlei logischem Bedingungsverhältnis stehen; mit Rücksicht hierauf fehlt aber auch jedes Interesse des Klägers an Einhaltung der Reihenfolge, so daß ein hierauf gerichteter Antrag, selbst wenn er ausdrücklich gestellt würde, doch für das Gericht nicht zwingend sein könnte.

Für die Berechnung des Streitwerts ist lediglich das Petitum als der einzige wirtschaftliche Effekt der sämtlichen materiellen Ansprüche maßgebend.

Für das Verfahren in zweiter Instanz sind verschiedene Möglichkeiten der rechtlichen Behandlung denkbar. Die Grundfrage ist auch hier wieder die, was in § 537 CPO. unter dem in die zweite Instanz devolvierten „Anspruch" zu verstehen ist, ob der nach prozessualen oder der nach materiellen Gesichtspunkten individualisierte Anspruchsbegriff. Nimmt man das erstere (prozessuale Individualisierung) an, so erscheint als Gegenstand der Berufungsverhandlung und -entscheidung das Petitum, über welches die erste Instanz positiv oder negativ erkannt hat; die einzelnen Klagegründe haben nur die Bedeutung von „Streitpunkten" und erwachsen somit, falls sie vom Berufungsantrag umfaßt werden, auch ohne daß sie in erster Instanz verhandelt und erkannt sind, vor das Berufungsgericht. Der Berufungsrichter hat dabei zwei Möglichkeiten: entweder er entscheidet, wenn er zur Abweisung des in erster Instanz anerkannten Klage-

grundes kommt, sofort selbst über die in erster Instanz nicht erkannten eventuellen Klagegründe und erläßt somit seinerseits das Sachurteil über das Petitum; oder er verweist die Prüfung der in erster Instanz nicht erörterten Klagegründe wieder an den Vorderrichter zurück, der damit zwar denselben Anspruch wie vorher, jedoch unter Beschränkung auf die zurückverwiesenen Klagegründe zu entscheiden hat. Bei Zugrundelegung des nach materiellen Gesichtspunkten individualisierten Anspruchsbegriffs erwächst lediglich die Verhandlung und Entscheidung über die sei es positiv oder negativ erkannten Klagegründe in die zweite Instanz; die nicht kognoszierten Klagegründe devolvieren nicht, was, wie unten darzulegen ist, den Wegfall ihrer Rechtshängigkeit auch in der ersten Instanz zur Folge hat.

Die letztere Auffassung scheint nicht die richtige zu sein: zunächst handelt es sich bei der Berufungseinlegung und -verhandlung lediglich um eine Fortsetzung des bereits anhängigen Verfahrens; es liegt daher schon mit Rücksicht hierauf kein Grund vor, den Anspruchsbegriff in § 537 anders aufzufassen als in allen anderen das Verfahren als solches betreffenden Vorschriften. Ferner aber knüpft die zweite Instanz an den prozeßbeendigenden Akt der ersten Instanz, an das Urteil an; da das Urteil aber Erkenntnis über den Anspruch im Sinne des Petitums ist, so ist dieselbe Auffassung auch dem Begriff des „zu- oder aberkannten Anspruchs“ in § 537 zugrunde zu legen. Endlich sind es vor allem praktische Erwägungen, welche die Annahme der Nichtübereinstimmung des Anspruchsbegriffs in den §§ 300, 301 einerseits und § 537 andererseits ausgeschlossen erscheinen lassen: nimmt man nämlich an, daß das Urteil erster Instanz nur insoweit, als es eine zu- oder aberkennende Entscheidung über materiell-rechtliche Ansprüche (also über Klagegründe) enthält, in die zweite Instanz devolvieren kann, so erlangt dasselbe insoweit als es materiell-rechtliche Ansprüche übergangen hat, sofort formelle Rechtskraft mit der Wirkung des Wegfalls der Rechtshängigkeit aller nicht kognoszierten Klagegründe. Damit wird dem Gericht erster Instanz die Möglichkeit genommen, nach Abweisung der von ihm kognoszierten Klagegründe durch die zweite Instanz nunmehr ohne weiteres seinerseits

die Prüfung der übergangenen Klagegründe nachzuholen. Denn das Gericht erster Instanz hat durch sein Urteil den Rechtsstreit von seinem Standpunkt aus vollständig erledigt, so daß die nachträgliche Prüfung neuer Klagegründe lediglich im Wege neuer Rechtshängigmachung, d. h. neuer Klageerhebung beim Gericht erster Instanz möglich erscheint. Damit wird dem Kläger die ihm in erster Instanz gewährte Möglichkeit vorsorglicher Geltendmachung mehrerer Klagegründe in zweiter Instanz wieder entzogen, seine Rechtsstellung in zweiter Instanz also erheblich verschlechtert und zwar unter Verletzung von Interessen, deren Berechtigung für die erste Instanz anerkannt wird.

Man wird daher von der Übereinstimmung des Anspruchsbegriffs in § 537 mit demjenigen in § 301 auszugehen und auch in dieser Richtung in dem zu- oder aberkannten Petitum den „Anspruch", in den einzelnen Klagegründen „Streitpunkte" derselben Streitsache zu erblicken haben, die vor das Berufungsgericht auch dann erwachsen, wenn sie in erster Instanz nicht besonders kognosziert wurden. Das Berufungsgericht hat damit prinzipiell die Möglichkeit, auch auf Grund von Klagegründen, die der Unterrichter übergangen hat, in der Sache selbst zu entscheiden. Allein es fragt sich, ob nicht praktische Erwägungen unter Umständen gegen die Zulassung der endgültigen Sachentscheidung durch das Berufungsgericht und für die Notwendigkeit erneuter Verhandlung in erster Instanz sprechen. Sobald nämlich der Berufungsrichter in die Lage kommt, gerade solche Klagegründe, die in erster Instanz übergangen wurden, zu entscheiden, wird dem Kläger hinsichtlich dieser Klagegründe und damit hinsichtlich der auf sie gestützten materiellen Ansprüche eine Instanz genommen, wenn das Berufungsgericht diese Entscheidung selbst vornimmt. Allerdings kennt weder § 538 noch § 539 ausdrücklich eine Zurückverweisung der Verhandlung über einen einzelnen Klagegrund in die erste Instanz. Gaupp-Stein, Bem. I 2 zu § 537 erklärt sie sogar für ausgeschlossen. Allein es ist nicht zu verkennen, daß durch die Verhandlung des in erster Instanz übergangenen Klagegrunds in der zweiten Instanz ein Prozeßstoff zum Gegenstand der Verhandlung gemacht wird, der

von der angefochtenen Entscheidung nicht umfaßt wird; wenn auch der übergangene Klagegrund in erster Instanz Gegenstand des Prozesses war, so war er doch nicht Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung in dem Sinn, daß die Frage seiner Begründetheit einer Untersuchung unterzogen worden wäre; die Erörterung, die zu der Feststellung führt, daß er überflüssig sei, ist keine Verhandlung im Sinne einer Sachverhandlung. Es liegt daher meines Erachtens auch in diesen Fällen die von Gaupp-Stein, Bem. I zu § 538 als allgemeine Bedingung für die Zulässigkeit der Zurückverweisung aufgestellte Voraussetzung vor, daß das Berufungsgericht bei Beschränkung auf den in erster Instanz abgeurteilten Prozeßstoff die Streitsache nicht erledigen könnte, daß insofern also neue Sachverhandlung erforderlich wird, für welche dem Berufungsgericht die Befugnis fehlt. Dieses Resultat wird unterstützt durch die Erwägung, daß auch § 527 die Einführung neuer Klagegründe an Stelle des ursprünglichen Tatbestands in zweiter Instanz ebenfalls mit Rücksicht darauf versagt (wenigstens ohne Einwilligung des Beklagten), daß hierdurch dem Beklagten bezüglich des neuen Klagegrunds eine Instanz geraubt würde (vgl. Gaupp-Stein zu § 527). Es ließe sich somit die Zurückverweisung in die erste Instanz jedenfalls aus dem Grundgedanken des Gesetzes rechtfertigen, wenn auch zuzugeben ist, daß eine einwandfreie Einreihung dieser Lösung in die Formel des Gesetzes nicht gut möglich erscheint.

Hält man die Zurückverweisung nach Lage des Gesetzes für ausgeschlossen, so könnte man noch versuchen, das angestrebte Ergebnis auf einem anderen Wege zu erreichen; man könnte nämlich annehmen, daß das erstinstanzliche Urteil die Rechtshängigkeit bezüglich der übergangenen Klagegründe in erster Instanz nur bedingt beendigt für den Fall, daß sich in zweiter Instanz nicht die Notwendigkeit einer nachträglichen Verhandlung dieser Klagegründe ergibt, und daß, falls dieselbe eintritt, das Berufungsgericht bezüglich der in Frage stehenden Klagegründe lediglich den Ausfall der Bedingung feststellt, worauf ihre Rechtshängigkeit in erster Instanz ipso jure, also ohne Zurückverweisung wieder auflebt unter Wegfall ihrer Rechtshängigkeit in zweiter Instanz.

Die Annahme bedingter Beendigung der Rechtshängigkeit in erster Instanz dürfte hierbei keine Schwierigkeiten bereiten; man wird insbesondere keinen parallelen Schluß aus der Unzulässigkeit bedingter Rechtshängigkeit überhaupt ableiten können; denn es wird ja nicht die Rechtshängigkeit bezüglich der übergangenen Klagegründe schlechthin bedingt beendigt, sondern nur diejenige in erster Instanz; die Sache liegt so, daß die Rechtshängigkeit aus der ersten in die zweite Instanz übergeht, um unter gewissen Voraussetzungen von der zweiten wieder in die erste Instanz ipso jure zurückzukehren, ein Resultat, das zwar nicht ganz ungezwungen erscheint, aber sich mit dem Wortlaut des Gesetzes eher vereinbaren läßt, als eine ausdrückliche „Zurückverweisung“ in die erste Instanz.

Hervorzuheben wäre noch, daß im Falle der vom Beklagten eingelegten Berufung es weder dem § 536 noch § 537 widerspricht, wenn das Berufungsgericht das Petitum aus einem der von der erstinstanzlichen Urteilsbegründung abweichenden Klagegründe zuerkennt; denn einmal kann bei der Übereinstimmung des tatsächlich Zuerkannten von einer reformatio in pejus zu ungunsten des Beklagten keine Rede sein, und sodann erwachsen gemäß § 537 alle auf den erkannten Anspruch bezüglichen Tatsachen in die zweite Instanz, auch soweit sie von der daran interessierten Partei nicht zum Gegenstand einer Rüge gemacht werden, sofern nur eine Entscheidung über sie — wie hier — zur Erledigung des „Berufungsantrags“ erforderlich ist (Gaupp-Stein, § 537 I 2).

Soviel über die rein prozessuale Seite der Frage. Was nun die materiellen Wirkungen des Prozesses angeht, so ist davon auszugehen, daß die Bestimmung des zur Entscheidung verstellten und von dem Urteil betroffenen materiellen Rechtsverhältnisses ausschließlich nach materiellen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Das gilt für die Frage nach der Rechtshängigkeit wie für diejenige nach der Rechtskraftwirkung. Es sind somit alle diejenigen materiellen Ansprüche Gegenstand des Prozesses, welche durch die von der Klageerhebung umfaßten Tatbestände individualisiert werden, mit der Wirkung, daß jeder anderweitigen Geltendmachung

irgend eines derselben in Verbindung mit derselben Rechtsfolge durante lite die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensteht. Dasselbe gilt für die Frage, welche materiellen Rechtsverhältnisse durch das Urteil eine autoritative richterliche Feststellung erfahren haben: diejenigen materiellen Ansprüche, über deren Individualisierungsfaktoren der Richter erkannt hat, sind die „zu- oder aberkannten Ansprüche" im Sinne des § 322 CPO. Dabei muß die Entscheidung über die verschiedenen Tatbestände nicht notwendig im Urteilstenor äußerlich zum Ausdruck kommen, es genügt, daß ihre Kognoszierung aus dem Urteil in seiner Gesamtheit, also aus Tenor und Gründen entnommen werden kann. Im Gegensatz hierzu verkörpern die übergangenen Tatbestände keine erkannten Ansprüche im Sinne des § 322, sie nehmen also an der materiellen Rechtskraft nicht teil. Praktisch wird dies regelmäßig nur bei Zuerkennung des Petitums, bei Abweisung desselben entsteht dagegen stets für die sämtlichen geltend gemachten Tatbestände Rechtskraft, da die Abweisung des Petitums nur auf Grund der Aberkennung aller Tatbestände erfolgen kann. Würde das Urteil erkennen lassen, daß die Aberkennung des Petitums unter Übergehung eines Klagegrunds erfolgt wäre, so wäre das Urteil unvollständig, der Prozeß nicht erledigt, Ergänzung des Urteils nach § 321 CPO. erforderlich und die Rechtshängigkeit des durch den fraglichen Tatbestand individualisierten Anspruchs wenigstens bis zum Ablauf der Berichtigungsfrist nicht beseitigt.

Besonderer Erörterung bedarf in diesem Zusammenhang die Erledigung eines einzelnen Klagegrunds durch Zwischenurteil. Nach übereinstimmender Lehre (siehe Gaupp-Stein § 303, Bem. 2) sind Zwischenurteile im Sinne des § 303 materieller Rechtskraft nicht fähig. Man begründet dies damit, daß § 322 sich nur auf solche Entscheidungen beziehe, welche den Rechtsstreit ganz oder doch zum Teil erledigen, was für Zwischenurteile, die nur vorbereitenden Charakter haben, nicht zutreffe. Eine Ausnahme wird nur dann anerkannt, wenn die Entscheidung des Zwischenurteils zugleich auch einen Bestandteil des nachfolgenden Endurteils bildet, in welchem Fall sie zusammen mit der Entscheidung des letzteren materielle Rechtskraft soll erlangen können. Bei

Anwendung dieser Grundsätze auf unseren Fall ist zunächst klar, daß bei Aberkennung des Petitums auch alle etwa vorangegangenen, die einzelnen Klagegründe abweisenden Zwischenurteile, da sie alle, soweit auf ihnen die endliche Aberkennung des Petitums ruht, Bestandteile des Endurteils sind, mit diesem in materielle Rechtskraft erwachsen. Fraglich erscheint jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn das Petitum, nachdem der oder die primären Klagegründe durch Zwischenurteil abgetan wurden, schließlich auf Grund eines eventuellen Tatbestands zuerkannt wird. Man wird jedoch auch in diesem Fall die Frage zu bejahen haben, und zwar auf Grund folgender Erwägungen: Das Urteil enthält zwar in formeller Beziehung zunächst allerdings nur eine bejahende oder verneinende Entscheidung über das Petitum als solches; allein hinter der Entscheidung über das Petitum steht in materieller Beziehung die Entscheidung über die dem Petitum zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse; und in dieser Richtung ist nicht ein einfaches Ja oder Nein, sondern ein Entweder-oder vom Richter gefordert; soweit der Richter daher eine Entscheidung dieser Alternative tatsächlich trifft, wird dieselbe in materieller Beziehung auch Gegenstand der Rechtskraft, selbst wenn die Erledigung der einen Alternative in Gestalt eines besonderen Zwischenurteils der Endentscheidung vorweggenommen wird. Man wird es daher als im Wesen der Elektivität begründet ansehen können, daß jede Entscheidung über einen einzelnen Klagegrund, soweit eine solche überhaupt tatsächlich erfolgt ist, eine der materiellen Rechtskraft fähige Anspruchserledigung im Sinne des § 322 enthält. Andererseits aber ist daran festzuhalten, daß auch nur die tatsächlich kognoszierten materiell-rechtlichen Ansprüche in Rechtskraft erwachsen; daher kann der von Lämmert S. 436 aufgestellten Behauptung, daß auch bei Häufung konkurrierender Ansprüche das auf nur einen Klagegrund gestützte Urteil bezüglich aller übrigen Ansprüche Rechtskraft mache, auch soweit über diese nicht besonders kognosziert wurde, nicht beigestimmt werden (ebenso Schmidt, Lehrbuch S. 756 und 826, und Weismann I § 61 III).

Die im vorstehenden besprochene Lösung der Elektivität geht davon aus, daß der Kläger, soweit eine Kognoszierung der

einzelnen materiellen Ansprüche in Frage steht, eine alternative Urteilsbitte erhebt, d. h. daß er stets nur so viele Einzeltatbestände untersucht wissen will, als dies zur Entscheidung über das Petitum erforderlich ist, daß er also mit der Übergehung aller derjenigen Tatbestände, die für die Entscheidung des Petitums nicht mehr notwendig sind, einverstanden ist. Da nun aber bei dieser Regelung materielle Rechtskraft hinsichtlich der übergangenen Tatbestände nicht eintritt, so können daraus doch nicht unerhebliche Interessenschädigungen für den Kläger erwachsen. Die gleichzeitige rechtskraftfähige Feststellung der sämtlichen von ihm behaupteten konkurrierenden Ansprüche kann für ihn unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung nachträglicher selbständiger Prozesse, insbesondere im Hinblick auf § 767 CPO. Gegenstand berechtigter Forderung werden. Man denke z. B. an folgenden Fall: Kläger stützt sein auf Herausgabe einer bestimmten Sache gerichtetes Petitum auf sein Eigentumsrecht an der Sache und auf einen mit dem Beklagten abgeschlossenen Verwahrungsvertrag; das Urteil übergeht den Klagegrund des Verwahrungsvertrags und verurteilt den Beklagten auf Grund des klägerischen Eigentums; nach Erlaß des Urteils veräußert der Kläger die Streitsache durch Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, behält sich jedoch durch Vertrag die Weiterbenützung der Sache vor; in der Zwangsvollstreckung tritt der Schuldner dem Urteil entgegen, weil Kläger nicht mehr Eigentümer sei; in diesem Fall ist es für den Kläger von Interesse, die unmittelbare Herausgabe der Sache an ihn selbst ohne neuen Prozeß wenigstens auf Grund des ihm gegen den Beklagten nach wie vor zustehenden Anspruchs aus dem Verwahrungsvertrag erreichen zu können. Es muß daher dem Kläger die Möglichkeit gewährt werden, da, wo die Zuerkennung mehrerer materieller Ansprüche in Frage kommt, die Übergehung von Klagegründen, die an sich gerechtfertigt erscheinen, zu vermeiden, und auch über sie ein der materiellen Rechtskraft fähiges Erkenntnis in dem anhängigen Prozeß zu erringen. Mit anderen Worten, das Elektivverhältnis der materiellen Ansprüche kann anstatt zu einer alternativen Urteilsbitte auch zu einer kopulativen Urteilsbitte führen. Wann dies zutrifft, ist Auslegungsfrage. Maßgebend ist lediglich

der nötigenfalls im Wege der Ausübung des richterlichen Fragerechts zu ermittelnde Wille des Klägers. Während es dem Kläger nämlich normalerweise nur auf die Erreichung der beanspruchten Rechtsfolge schlechthin ankommt, ohne Rücksicht auf ihren Grund, ist es doch immerhin nicht ausgeschlossen, daß der Kläger ausnahmsweise auf die richterliche Feststellung der Rechtsfolge in ihrer Beziehung zu mehreren ganz bestimmten Klagegründen Wert legt. Die eventuelle Fassung der Klage läßt sich in diesen Fällen zwanglos in eine rein kopulative Anspruchshäufung, also in eine Bitte um Urteil in der Form „sowohl — als auch" überführen.

Nimmt der Kläger diese Änderung der Klagformulierung nach der Klageerhebung ausdrücklich vor, so macht er damit nicht etwa nachträglich unter Umgehung der Formvorschrift hinsichtlich des zweiten Anspruchs erst neue Klage geltend, die Rechtshängigkeit war vielmehr bezüglich aller Ansprüche schon in der ursprünglichen Fassung der Klage enthalten. Das Charakteristische dieser Lösung ist, daß hier schon die formale Urteilsbitte sich nicht auf die Rechtsfolge als solche, sondern auf die Rechtsfolge in ihrer Verknüpfung mit einem ganz bestimmten Tatbestand bezieht, daß also die Hereinziehung des Klagegrunds als Jndividualisierungsmerkmal nicht nur für die materiellen Wirkungen des Prozesses, sondern schon für die Bestimmung des Anspruchs in rein formalprozessualer Hinsicht Bedeutung gewinnt. Man sieht, wie wechselnd je nach der praktischen Ausgestaltung des Prozesses der Anspruchsbegriff der Zivilprozeßordnung ist.

Daraus ergibt sich für die prozessuale Behandlung dieser Fälle folgendes:

Die Entscheidung hat sich nicht mehr allein auf die Rechtsfolge zu beziehen, sondern sich auf die sämtlichen geltend gemachten materiellen Ansprüche, d. h. vom rein prozessualen Standpunkt aus auf die sämtlichen Klagegründe zu erstrecken. Ist nur einer der erhobenen Ansprüche spruchreif, so ergeht Teilurteil gemäß § 301, nicht Zwischenurteil nach § 303, da der Klagegrund in diesen Fällen ein Individualisierungsmerkmal des Anspruchs im Sinne des § 301 bildet. Die Bemerkung bei Schmidt,

Lehrbuch S. 835, daß dem Richter zur Erledigung mehrerer Klagegründe wahlweise Teil- und Zwischenurteil zur Verfügung stehe, ist somit nicht ganz zutreffend; richtig ist allerdings, daß die Geltendmachung mehrerer Klagegründe für dasselbe Petitum sowohl unter § 301 wie unter § 303 fallen kann. Allein unrichtig ist, daß beide Wege der Erledigung dem Richter in jedem Fall wahlweise zu Gebote stehen. Es kann nicht sowohl Teil- als Zwischenurteil, sondern nur entweder das erstere oder das letztere erlassen werden; für welches der Richter sich zu entscheiden hat, dafür ist maßgebend, nach welchen Gesichtspunkten der Kläger schon für die formalen Wirkungen des Prozesses das von ihm Beanspruchte individualisiert: wo Individualisierung bloß nach der erstrebten Rechtsfolge vorliegt, kann über einen einzelnen Klagegrund nur durch Zwischenurteil und nie durch Teilurteil erkannt werden; wo dagegen Individualisierung nach Rechtsfolge und Klagegrund in Frage steht, kann umgekehrt nur Teil- und nie Zwischenurteil erlassen werden; daraus folgt weiterhin, daß eine Erledigung einzelner Klagegründe durch selbständiges Urteil sowohl in positiver wie in negativer Beziehung nur im letzteren Falle (Teilurteil) denkbar ist, während im ersteren Fall (Zwischenurteil) eine selbständige Erledigung einzelner Klagegründe nur im Sinne ihrer Aberkennung vorkommen kann.

Sind beide Ansprüche spruchreif, so ergeht über beide Entscheidung. Wird hierbei nur der eine Anspruch für begründet anerkannt, so ist der andere ausdrücklich abzuweisen; und zwar nicht nur dann, wenn der abzuweisende früher als der andere spruchreif wird; das an sich einheitliche Erkenntnis hat dann dahin zu lauten, daß der Klage, soweit sie sich auf den Rechtsgrund a stützt, stattgegeben werde, dagegen Abweisung erfolge, soweit sie sich auf den Rechtsgrund b gründet.

Ist nur über einen der erhobenen Ansprüche erkannt, so bleibt der andere rechtshängig und könnte einem neuen Prozeß über denselben Anspruch die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengehalten werden. Dagegen kann gegenüber der nachträglichen Entscheidung des zweiten Anspruchs aus dem nur den ersten Anspruch umfassenden Urteil nicht die Einrede der Rechtskraft abgeleitet werden.

Bei jeder selbständigen Erledigung der einzelnen Ansprüche im Sinne des § 301 erhebt sich da, wo es sich um Zuerkennung aller Ansprüche handelt, die Frage, ob für sämtliche Ansprüche das gleiche Rechtsschutzinteresse gegeben ist und ob im Anschluß hieran für sie alle übereinstimmende Rechtsschutzakte vom Kläger gefordert und vom Gericht zugebilligt werden können. Auch hier ist es die Identität des wirtschaftlichen Zieles der sämtlichen Ansprüche und die Identität des Petitums, welche den ausschlaggebenden Gesichtspunkt abgibt. Man hat von folgenden Erwägungen auszugehen: die Identität des wirtschaftlichen Zieles bedingt für den Kläger nur einmalige Befriedigungsmöglichkeit auf Grund sämtlicher Ansprüche. Dieser einmaligen Befriedigungsmöglichkeit in der Vollstreckungsinstanz entspricht es, daß der Kläger normalerweise auch nur an Erlangung eines einzigen Vollstreckungstitels berechtigtes Interesse hat; in diesen Grenzen erschöpft sich daher auch sein Interesse an Rechtsschutz in Form des Leistungsurteils. Wo daher die sämtlichen Ansprüche in einem einzigen Urteilsakt erledigt und von einer einheitlichen Urteilsformel als von einem Vollstreckungstitel umfaßt werden, ist nicht einzusehen, weshalb nicht das gesamte Urteil als Leistungsurteil soll abgefaßt werden können; die Zulassung bloßer Feststellung bezüglich des eventuellen Anspruchs wäre in diesem Fall nur eine Komplikation des Verfahrens und praktisch nicht zu rechtfertigen. Anders dagegen dann, wenn die verschiedenen Klagegründe zur getrennten Entscheidung je durch selbständiges Teilurteil kommen[1]. In diesem Fall werden mehrere in idem gerichtete selbständige Vollstreckungstitel geschaffen, was einerseits für den Beklagten eine Gefahr, andererseits für den Kläger regelmäßig nicht von berechtigtem Interesse ist. Falls daher die in zweiter Linie stehenden Ansprüche überhaupt vom Beklagten bestritten werden und somit zum gerichtlichen Austrag kommen sollen, fehlt es zwar nicht an jeglichem Rechtsschutzinteresse des Klägers, aber doch an einer Voraussetzung für die

[1] Über die Ausnahmen s. Hellwig, Lehrbuch III S. 76. Die Rechtsgestaltungsklagen, insbesondere die auf verschiedene Scheidungsgründe gestützte Ehescheidungsklage erfordern eine abweichende Behandlung, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

Gewährung von Rechtsschutz in der Form der Verurteilung[1]. Das den zweiten Anspruch erledigende selbständige Teilurteil kann daher nicht ebenfalls Leistungs-, sondern höchstens noch Feststellungsurteil sein. Das Feststellungsinteresse des Klägers aber, und darin liegt der Schutz des Beklagten, ist damit gegeben, daß der Beklagte die Existenz des zweiten Anspruchs schlechthin bestreitet; tut er dies, so ist es durchaus kein unbilliges Ergebnis, wenn der Kläger auf Kosten des unterliegenden Beklagten neben seinem auf einen anderen Anspruch sich beziehenden Leistungsurteil noch ein ausdrückliches Feststellungsurteil über den bestrittenen zweiten Anspruch erlangen darf.

Auch bei dieser Annahme einer kopulativen Klagenhäufung ist der Wertsberechnung trotz § 5 CPO. nur die einmalige Leistung, in welcher als dem einzigen wirtschaftlichen Effekt der Klagen das wirtschaftliche Streitinteresse sich verkörpert, zugrunde zu legen; Zusammenrechnung findet nicht statt[2]. Zweifel ergeben sich, wenn der eine Anspruch zu-, der andere aberkannt wird; die getrennte Berechnung je nach dem vollen Wert des Petitums scheidet aus, da sie zur Zusammenrechnung führen würde; ebenso unmöglich aber ist die völlige Ignorierung des abgewiesenen Anspruchs; es bleibt nichts übrig, als auf diesen Fall § 96 CPO. anzuwenden, d. h. die besonderen Kosten des abgewiesenen Anspruchs dem Kläger aufzuerlegen.

Besonderer Erörterung bedarf in den hier behandelten Fällen noch die Frage nach der Trennung der Verhandlung, d. h. nach der Anwendbarkeit der §§ 145 und 146 CPO. Nachdem einmal, wie oben ausgeführt, hier der Anspruch auch im formalen Sinne durch Klagantrag und Klagegrund individualisiert wird, hätte an sich das für die Trennung mehrerer selbständiger „Ansprüche" maßgebende Verfahren des § 145 Anwendung zu finden. Auf der anderen Seite scheint der Wortlaut des Gesetzes gegen die Anwendung des § 145 und für diejenige des § 146 zu sprechen. Die letztere Ansicht wird auch wohl aus folgenden Gründen die richtige sein: die in Frage stehenden Vorschriften dienen der Prozeßleitung;

[1] Vgl. Hellwig, Lehrbuch III S. 76 ff. in Verbindung mit RGE. 16, S. 435.
[2] Wach, Handbuch I S. 381.

sie sollen da, wo Zentralisation vom Übel ist, dem Richter die Möglichkeit nachträglicher Dezentralisation gewähren. Dezentralisation ist denkbar auf zwei Wegen: entweder durch Zerlegung eines seither einheitlichen Prozeßverfahrens in eine Mehrheit von Einzelverfahren im Sinne von Einzelprozessen (§ 145). Voraussetzung dafür ist, daß solche Einzelprozesse als selbständige Prozesse überhaupt möglich sind; dies trifft aber nur zu, wenn mehrere Prozeßgegenstände, also mehrere Ansprüche im materiellen Sinne vorhanden sind. Oder aber wird das Verfahren als einheitlicher Prozeß beibehalten und nur in einzelne Etappen zerlegt, welche dem Gesamtverfahren gegenüber keine selbständige Bedeutung haben (§ 146). Dieser Weg der Dezentralisation ist überall da zu begehen, wo die Schaffung von Sonderprozessen unmöglich ist, also zunächst bei Einheit des geltend gemachten materiellen Anspruchs. Damit ist nun aber durchaus nicht gesagt, daß dies der einzige Anwendungsfall der zweiten Dezentralisationsmethode sein könne. Diese kann selbstverständlich auch da Anwendung finden, wo zufolge der Mehrheit der in Frage stehenden Ansprüche an sich auch eine Zerlegung in Sonderprozesse durchgeführt werden könnte. Tatsächlich sprechen in gewissen Fällen gewichtige Gründe dafür, von einer Zerlegung in Einzelprozesse abzusehen und nur eine Gliederung in verschiedene Etappen des Verfahrens vorzunehmen: überall da nämlich, wo die verschiedenen Ansprüche denselben wirtschaftlichen Zweck verfolgen, erscheint es im Interesse der Vereinheitlichung und Erleichterung der Prozeßführung, sowie insbesondere im Interesse der Vermeidung doppelter Streitwertberechnung dringend angezeigt, von einer Zerreißung in Einzelprozesse abzusehen. Damit reduziert sich wenigstens für die Anwendung des § 145 die Individualisierung auch in unseren Fällen wieder ausschließlich auf den die begehrte Rechtsfolge verkörpernden Klageantrag. Man gelangt damit zu dem Resultat, daß auf die in Frage stehenden Fälle jedenfalls nicht § 145, sondern § 146 anzuwenden ist, trotzdem im Sinne der übrigen prozessualen Vorschriften hier eine Mehrheit von „Ansprüchen“ vorliegt. Dem kann nicht damit begegnet werden, daß man zwischen § 303 und § 146 eine Parallele zieht und wegen des übereinstimmenden Wortlauts

(„selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel") den Schluß aufstellen zu können glaubt, daß, wo § 303 (Zwischenurteil) nicht zutreffe, auch für § 146 kein Raum sei. Denn die Parallelität der §§ 145 und 146 einerseits und §§ 301 und 303 andererseits ist nicht unter allen Umständen vorhanden. Der Begriff der Selbständigkeit ist in beiden Vorschriften, wie W a c h [1] nachgewiesen hat, ein verschiedener: in § 303 handelt es sich um die Möglichkeit, einzelne Tatbestandselemente durch besondere Entscheidung vor Erledigung des Anspruchs als solchen festzustellen, soweit diese Elemente überhaupt gegenüber dem Anspruch selbständig entscheidungsfähig sind, d. h. sofern nicht in ihrer Entscheidung schon die Entscheidung über den Anspruch selbst liegt. In § 146 handelt es sich um Selbständigkeit in Bezug auf die Verhandlungsfähigkeit. Die Frage ist hier die, ob aus der Gesamtheit des Prozeßstoffes einzelne Teile zu gesonderter Verhandlung herausgegriffen werden können, ohne daß hierin schon eine erschöpfende Erledigung des „Prozesses" im Sinne des anhängigen Gesamtverfahrens liegen würde. Aus diesen verschiedenen Zwecken folgt die Annahme eines verschiedenen Anspruchsbegriffs: für § 146 kommt abgesonderte Verhandlungsfähigkeit innerhalb desselben Prozesses und damit die lediglich auf das Petitum im Sinne des Klageantrags abgestellte Individualisierungsmethode in Betracht, während es sich in § 303 um selbständige Entscheidungsfähigkeit und damit um Individualisierung nach den für die Identität der Urteilsbitte maßgebenden Gesichtspunkten, hier also nach dem Petitum unter Beiziehung des Klagegrunds handelt; die einzelnen Klagegründe können daher in diesen Fällen, wenn auch über sie eine von der Anspruchsentscheidung im Sinne des § 301 verschiedene selbständige Vorentscheidung nach § 303 nicht möglich ist, doch im Sinne des § 146 in einem und demselben Prozeß zu einer gegenüber der Verhandlung des Gesamtprozeßstoffes selbständigen Separatverhandlung verwiesen werden; sie besitzen also zwar keine selbständige Entscheidungsfähigkeit im Sinne des § 303, aber selbständige Verhandlungsfähigkeit im Sinne des § 146.

[1] Handbuch I S. 291 ff., 296; Vorträge S. 113 Anm.

Was endlich die Gestaltung des Rechtsmittelzuges in den Fällen kopulativer Häufung betrifft, so genügt es, darauf hinzuweisen, daß zufolge der Übereinstimmung des Anspruchsbegriffs in § 301 und § 537 ein einzelner Klagegrund nur dann in die zweite Instanz gelangen kann, wenn über ihn in erster Instanz entschieden ist; übergangene Klagegründe erwachsen im Gegensatz zu dem Normalfall der Elektivität nicht an das Berufungsgericht. In diesem Fall kann der zweite Anspruch gemäß § 529 auch nicht neben dem devolvierten Anspruch in die zweite Instanz eingeführt werden, da Abs. 2 des genannten Paragraphen sich nur auf die im Wege des § 33 oder § 280 CPO. erhobenen neuen Ansprüche bezieht (vgl. Gaupp-Stein § 529 III).

§ 9.

Eventualität im eigentlichen Sinn.

I.

Unter Eventualität im eigentlichen Sinn verstehen wir diejenige Art der Anspruchshäufung, bei welcher der Kläger gleichzeitig mehrere, derselben wirtschaftlichen Einheit angehörige materielle Ansprüche geltend macht, die sich gegenseitig ausschließen, so daß, wie Lämmert sagt, der eine die negative Voraussetzung für den anderen bildet; d. h. der Kläger steht von vornherein auf dem Standpunkt, daß ihm der eine Anspruch gerade deshalb nicht zusteht, weil der andere positiv besteht. Wie bei der Elektivität das Konkurrenzverhältnis, so bedingt hier das Ausschließungsverhältnis die eventuelle Fassung der Klage. Wesentliche Voraussetzung für unseren Fall ist, daß der Kläger beide Ansprüche als gegenwärtig bestehende behauptet; er muß davon ausgehen, daß ihm jetzt, zur Zeit der Klageerhebung, der eine oder der andere Anspruch tatsächlich zusteht. Die Existenz des eventuellen Anspruchs darf also an keine weiteren äußeren Voraussetzungen gebunden sein, als an die Nichtexistenz des primären Anspruchs. Deshalb gehören solche Fälle nicht hierher, bei denen die klagbegründenden Tatsachen nicht sämtliche als

gegenwärtig vorhandene behauptet werden können, wie z. B. bei der eventuellen Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs, der erst auf Grund einer in Zukunft zu erklärenden Anfechtung oder eines künftig zu vollziehenden Rücktritts erwachsen soll. Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Ansprüche äußert sich auch hier entweder in der Identität der den sämtlichen Ansprüchen gemeinsamen Rechtsfolge oder aber darin, daß die Ansprüche die Realisierung zwar verschiedener, aber wirtschaftlich gleichwertiger Rechtsfolgen erstreben; im ersten wie im zweiten Fall wird aber das wirtschaftliche Interesse des Klägers durch einmalige Leistung befriedigt, so daß also auch da, wo die angestrebten Rechtsfolgen verschiedene sind, die Realisierung der einen Rechtsfolge der anderen die wirtschaftliche Grundlage entzieht.

II.

Wenden wir uns nun zu den verschiedenen Arten der Behandlung, die das Verhältnis der Eventualität seither erfahren hat, so fällt sofort eine Zwei- bezw. Vierteilung der Auffassungen auf: auf der einen Seite erblickt man in der Eventualhäufung eine echte Anspruchs- bezw. Klagenhäufung (so Lämmert, Hellwig, Eccius, und zum Teil Petersen), auf der anderen wird mit Entschiedenheit die Einheit derartiger Klagen verfochten (Bucerius und zum Teil Petersen, im Anschluß an ihn Kleinfeller S. 270). Die Vertreter der ersteren Richtung sind sodann unter sich wieder dahin uneinig, ob bezüglich des nur eventuell erhobenen Anspruchs bedingte Klageerhebung vorliege (so Eccius und Petersen), oder ob es sich nur um einen besonderen Fall der Kumulation von an sich unbedingt rechtshängigen Ansprüchen handle (so Lämmert und Hellwig).

Lämmert (Zeitschrift Band 16 S. 428 ff.) anerkennt zwar, daß es sich bei Mehrheit der Klageanträge wie bei Mehrheit der Klagebegründungen um eine Häufung mehrerer materieller Ansprüche in einem Klageakt handle; allein er beschränkt sich unter Ablehnung des Begriffs der Klage im materiellen Sinn auf die Auffassung der Klage als des rein formalen Klageerhebungsaktes und

kommt infolgedessen mit Notwendigkeit zur Ablehnung einer bedingten Rechtshängigmachung, indem er davon ausgeht, daß nur ein formaler Klageerhebungsakt als ein nach jeder Richtung hin unbedingter vorliege. Er sucht daher das Problem nicht in der Richtung der Möglichkeit gleichzeitiger Rechtshängigkeit, sondern in der der Kumulationsmöglichkeit. Hierbei gelangt er zu dem Resultat, daß die Eventualhäufung deshalb zuzulassen sei, weil der Inhalt der Ansprüche, insbesondere auch ihr Widerspruch, nie auf die prozessuale Zulassung der Häufung, sondern immer nur auf die materielle Entscheidung von Einfluß sein könne (S. 433—434). Auf diesem Wege gelangt er zu der Annahme unbedingter sofortiger Rechtshängigkeit sämtlicher eventueller Ansprüche, von denen jeder seiner besonderen Erledigung durch Urteil oder Klagezurücknahme bedarf und deren inneres Ausschließungsverhältnis das Gericht an die Einhaltung der vom Kläger gewünschten Reihenfolge bei der Kognition bindet.

Bei der weiteren Behandlung unterscheidet sodann Lämmert ob der Widerspruch der Ansprüche für den Kläger die Notwendigkeit widersprechender Geschichtserzählung bedingt oder nicht. Er geht davon aus, daß nicht notwendig jeder Widerspruch der Ansprüche eine widersprechende Geschichtserzählung voraussetze. Eine solche liegt nach seiner Ansicht überall da nicht vor, wo der Kläger seinen eventuellen Anspruch lediglich auf die Verneinung des primären Anspruchsfundaments stützt; denn hier behaupte der Kläger nicht, daß ein und derselbe Tatbestand gleichzeitig vorliege und nicht vorliege, sondern er behaupte (im Sinne einer Wissenserklärung) nur das Vorliegen, indem er daran die Erklärung schließe, daß er, falls sein Vorbringen verneint (nicht bewiesen) werden sollte, eben aus dieser Verneinung eine andere Folge ableiten werde. Beispiel: Klage aus Kaufvertrag auf Lieferung der Kaufsache, eventuell, bei Mißlingen des Beweises des Kaufabschlusses, Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises als ungerechtfertigte Bereicherung. Den Gegensatz hierzu erblickt Lämmert in denjenigen Fällen, in welchen der eventuelle Anspruch sich nicht nur auf die Verneinung des primären Anspruchsfundaments stützt, sondern auf weitere selbständige, mit dem primären

Anspruchsfundament unvereinbare Tatsachen, denn hier sei der Kläger gezwungen, eben diese besonderen Tatumstände in der Klagebegründung zu behaupten und damit seinem eigenen primären Vorbringen zu widersprechen. Beispiel: Kläger behauptet, der Beklagte habe für ihn Geld eingezogen und er habe ihm dasselbe als Darlehen gelassen, die Summe werde nun mit der Darlehensklage zurückgefordert; falls ihm der Beweis des Darlehens mißlingen sollte, behauptet er, der Beklagte habe das eingezogene Geld rechtswidrig für sich verwendet, nämlich unterschlagen, er fordere daher Schadensersatz aus § 823 BGB.; hier wäre mit der Verneinung des primären Fundaments höchstens der Tatbestand der Bereicherung gegeben; für das Fundament der unerlaubten Handlung dagegen muß der Kläger von vornherein weitere positive Behauptungen, nämlich die schuldhafte rechtswidrige Aneignung des Geldes, aufstellen, die einerseits mit der Verneinung des primären Fundaments nicht eo ipso gegeben sind, andererseits aber zu der primären Darlehensbehauptung in Widerspruch stehen.

Die Unterscheidung beider Fälle verwertet L ä m m e r t in der Weise, daß er bei widersprechender Geschichtserzählung im Wege der Beweiswürdigung eine gegenseitige Aufhebung oder doch mindestens Erschütterung der widersprechenden Behauptungen annimmt und so zur materiellen Abweisung sämtlicher Ansprüche wegen mangelnder Schlüssigkeit derselben gelangt (S. 438). Wo ein solcher Widerspruch nicht besteht, tritt L ä m m e r t in die Verhandlung, eventuell Beweisaufnahme über beide Ansprüche ein. Hierbei hat nach seiner Ansicht die selbständige Rechtshängigkeit jedes einzelnen Anspruchs zur Folge, daß jeder selbständig entscheidungsbedürftig ist und dies auch bleibt, selbst nachdem über den einen Anspruch schon entschieden ist. Das Eventualverhältnis hat also nach L ä m m e r t nicht die Wirkung, daß sich mit der Zuerkennung des primären Anspruchs eine solche über den eventuellen Anspruch erübrigt, der über den letzteren einmal begonnene Prozeß muß im Weg der Endentscheidung oder der Klagezurücknahme erledigt werden (S. 438). Im letzteren Fall kann der Beklagte durch seinen Widerspruch gemäß § 271 CPO.

die Zurücknahme vereiteln, im ersteren Fall werden mehrere Entscheidungen, bei früherer Spruchreife durch Teilurteil, notwendig (S. 441).

Diese unbedingte Selbständigkeit des prozessualen Schicksals widersprechender Ansprüche, vor allem ihre selbständige Erledigung durch Teilurteil, birgt jedoch, wie Lämmert selbst erkennt (S. 435), praktisch große Gefahren in sich: legt nämlich bei Zuerkennung des primären und entsprechender Aberkennung des eventuellen Anspruchs der Beklagte, der sämtliche Ansprüche bestreitet, Berufung ein, so tut er dies selbstverständlich nur bezüglich der zuerkennenden Entscheidung; unterläßt es bei dieser Sachlage der Kläger, bezüglich der abweisenden Entscheidung ebenfalls Berufung einzulegen, so kann das Berufungsgericht sich nur mit dem allein bei ihm anhängig gewordenen primären Anspruch befassen und hätte, falls es zu seiner Abweisung gelangt, keine Möglichkeit, nunmehr den von seinem Standpunkt aus gerechtfertigten eventuellen Anspruch zuzuerkennen. Der für diesen Fall übrig bleibende Trost, der Kläger müsse eben bezüglich des eventuellen Anspruchs ebenfalls Berufung einlegen (S. 435), ist wenig befriedigend; denn dann wäre der Kläger gezwungen, um einer Verschlechterung seiner Prozeßposition zu entgehen, ein Rechtsmittel einzulegen, mit dem er von seinem Standpunkt aus, der auf Aufrechterhaltung der beiden erstinstanzlichen Entscheidungen gerichtet ist, unterliegen muß und will, was nach der vom Reichsgericht in Gruchot 43, S. 1223 aufgestellten Ansicht zur Verwerfung des Rechtsmittels führen müßte, da es an der Rechtsmittelvoraussetzung eines gravamen des Klägers fehlt. Aber auch abgesehen hiervon müßte der Kläger jedenfalls auch bei Zurückweisung der Berufung des Beklagten seine eigene Berufung durchführen; denn der für diesen Fall etwa denkbare Ausweg der Annahme einer nur eventuell erhobenen Berufung entfällt hier: eine eventuelle Berufungserhebung wird nur für die Fälle der Anschlußberufung zugelassen[1]; im vorliegenden Fall

[1] Gaupp-Stein, § 521 Bem. I, 4 und das dort zitierte RG.; Petersen, Z. 16 S. 526 f.

aber steht nicht die Erhebung einer Anschlußberufung bezüglich desselben Urteils und desselben Anspruchs, auf welchen sich schon die Berufung des Beklagten bezieht, in Frage, sondern eine von der beklagtischen Berufung völlig verschiedene, weil auf eine andere Entscheidung und einen anderen Anspruch sich beziehende selbständige Berufung des Klägers, die nach herrschender Meinung nicht bedingt ausgesprochen werden kann. Ganz ähnliche Schwierigkeiten können in dem Fall auftreten, wenn über den primären Anspruch abweisendes Teilurteil ergangen ist und nachträglich über den eventuellen Anspruch das Gericht in anderer Zusammensetzung entscheidet, die neuen Richter aber den eventuellen Anspruch gerade deshalb verwerfen, weil sie von ihrem Standpunkt aus umgekehrt den primären für begründet erachten, der jedoch ihrer Entscheidung bereits endgültig entzogen ist. Zur Behebung dieser Schwierigkeit gelangt Lämmert nur in den Fällen, in welchen die verschiedenen Ansprüche in einem und demselben Klageantrag gipfeln; denn da nach seiner Ansicht das Urteil stets die Erledigung des Klageantrags zum Gegenstand hat, so wird in diesen Fällen durch die Entscheidung über den letzteren der Rechtsstreit auch bezüglich aller konkurrierenden Ansprüche ohne besondere Kognoszierung derselben in dem Sinne erledigt, daß ihre Rechtshängigkeit in Wegfall kommt. Damit ist wenigstens für die Fälle mehrfacher Begründung desselben Klageantrags das überaus mißliche selbständige Teilurteil der Lämmertschen Theorie beseitigt.

Kommt es nicht zu einer doppelten Sachentscheidung, weil der Kläger bei Zuerkennung des primären Anspruchs die Klage hinsichtlich des zweiten Anspruchs zurückgenommen hat, so ist dieser damit aus dem Prozeß gezogen, was zur Folge hat, daß das Berufungsgericht, welches den primären Anspruch seinerseits verneint, mit dem eventuellen Anspruch nicht mehr befaßt ist, denselben also auch nicht zuerkennen kann, so daß der Kläger zu seiner Verfolgung auf die Erhebung einer neuen Klage angewiesen ist. Auch dieses Resultat ist zum mindesten unpraktisch und widerspricht dem vom Kläger mit der eventuellen Klage erstrebten Zweck.

Hellwig (Lehrbuch III, S. 78 ff.) geht ebenfalls von dem Begriff der Anspruchshäufung aus, gelangt jedoch im Gegensatz zu Lämmert zur Annahme einer Häufung von Rechtsschutzgesuchen, also von Klagen im materiellen Sinn (S. 82); allein auch er bestreitet, daß eines der Rechtsschutzgesuche nur bedingt erhoben sei (S. 86) und nimmt daher sofortige unbeschränkte Rechtshängigkeit sämtlicher Ansprüche an (S. 82). Um jedoch die Gefahren mehrfacher Entscheidung zu umgehen, schaltet er doch im Gegensatz zu Lämmert in den Prozeß eine Bedingung ein, allerdings nicht am Beginn, sondern am Ende desselben. Er geht davon aus, daß der Kläger, der die Zuerkennung eines Anspruchs nur eventuell, nämlich für den Fall seiner Niederlage mit einem anderen Anspruch fordert, von vorneherein bezüglich des eventuellen Anspruchs einen bedingten Verzicht, bezw. eine bedingte Klagezurücknahme ausspreche (S. 84). Allein die Zulässigkeit bedingter Klagezurücknahme haben wir schon oben bestritten. Falls man überhaupt der Eventualstellung der Ansprüche eine derartige Bedeutung beilegen will, so könnte sie höchstens die einer Ankündigung der Klagezurücknahme haben, diese selbst aber nicht ersetzen, wie auch Lämmert dieses Verhältnis aufgefaßt hat. Die Weigerung des Beklagten in die Klagezurücknahme zu willigen, würde aber auch hier zur Notwendigkeit mehrfacher selbständiger Entscheidung und damit zu denselben Gefahren führen, wie sie schon bei der Lämmertschen Konstruktion angeführt sind. Die weitere Ansicht Hellwigs endlich, daß sich nämlich die bedingte wie unbedingte Klagezurücknahme überhaupt erübrige, wenn der Kläger von vorneherein wenigstens einen schon für die erste Instanz wirksamen bedingten materiellrechtlich wirkenden Anspruchsverzicht ausspreche, erscheint deshalb unbrauchbar, weil dieser Annahme die Erwägung gegenübersteht, daß der Kläger sich durch den Verzicht für den Fall der Abweisung des primären Anspruchs in zweiter Instanz und der damit notwendig werdenden erneuten Einklagung des eventuellen Anspruchs in eine derart ungünstige Position bringen würde, daß ein solcher Verzicht für ihn überhaupt nicht möglich erscheint. Außerdem aber kann auch in dieser Konstruktion gar kein radikales Abhilfemittel gegen die

mehrfache Entscheidungsnotwendigkeit erblickt werden, da der Verzicht zwar den materiellrechtlichen Wegfall des eventuellen Anspruchs bewirkt, nicht aber auch denjenigen der Rechtshängigkeit, so daß der einmal begonnene Prozeß, wenigstens wenn der Beklagte dies beantragt, ordnungsmäßig durch abweisende Entscheidung erledigt werden muß. Das zuerst genannte Bedenken könnte vielleicht dadurch beseitigt werden, daß man die Bedingung nicht auf die erstinstanzliche, sondern auf die rechtskräftige Zuerkennung des primären Anspruchs abstellt; aber in diesem Fall würde wiederum die Frage nach der Beendigung der Rechtshängigkeit zu Schwierigkeiten führen, die kaum gelöst werden könnten: wie soll nämlich — was der Beklagte jederzeit verlangen kann — der auf die rechtskräftige Entscheidung abgestellte Verzicht schon in erster Instanz, also vor Eintritt der Rechtskraft, d. h. noch während des Schwebens der Bedingung zur Grundlage eines Urteils gemacht werden? Man würde hier zu der unzulässigen Annahme eines bedingten Urteils gedrängt werden, das übrigens, ganz abgesehen von der Frage nach seiner prozessualen Zulässigkeit, doch jedenfalls wiederum die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen in sich birgt. Die Unmöglichkeit eines Verzichturteils schließt dagegen die weitere Möglichkeit nicht aus, daß einer erneuten Geltendmachung des Anspruchs nach Eintritt der Bedingung, d. h. nach Eintritt der Rechtskraft der den primären Anspruch zuerkennenden Entscheidung, der Verzicht als materielle Einwendung entgegengesetzt und hierdurch eine mit der primären Entscheidung in Widerspruch stehende zweite Entscheidung vermieden wird.

Petersen (Zeitschrift 16, S. 493 ff.) hält die Scheidung zwischen Häufung der Klagegründe bei einheitlichem Antrag und Häufung der Anträge selbst aufrecht. Da er in der Häufung lediglich der Klagegründe nur eine mehrfache Begründung eines und desselben Anspruchs erblickt, so scheidet für ihn in diesem Fall der Begriff der Anspruchshäufung und damit die Möglichkeit bedingter Rechtshängigkeit vollständig aus.

Bedingte Rechtshängigkeit liegt nach ihm aber auch bei Mehrheit der Klageanträge dann nicht vor, wenn der Kläger aus einem

bestimmten Rechtsverhältnis den Anspruch ableitet, „daß der Beklagte auf Grund desselben zu einer von mehreren Leistungen verpflichtet sei" (S. 509). Es soll sich in diesen Fällen „nur um einen einheitlichen, dem Umfang nach verschieden abgegrenzten Anspruch" handeln (S. 506). Nun ist aber die Identität des „Rechtsverhältnisses" häufig sehr schwer zu bestimmen, wie auch der Begriff selbst, ebenso wie derjenige des „Anspruchs" oder der von Petersen an anderer Stelle verwendete der einheitlichen „Streitsache" (S. 507) ein äußerst umstrittener ist. Als Kriterium allgemeiner Art lassen sich daher die von Petersen verwendeten Begriffe nicht verwerten und es kann nur so viel anerkannt werden, daß die von Petersen in diesem Zusammenhang verwertete Einheitlichkeit des geltend gemachten Rechtsverhältnisses offenbar eine der Formen des wirtschaftlichen Zusammenhangs der Ansprüche darstellt, welcher nach unserer Auffassung die Möglichkeit gleichzeitiger Rechtshängigkeit aller Ansprüche und damit den für die Frage nach der Zulässigkeit solcher Verbindungen maßgebenden Gesichtspunkt ergibt. Im Gegensatz zu der eventuellen Verbindung mehrerer demselben Rechtsverhältnis entspringender Ansprüche anerkennt Petersen als echte Klagenhäufung den Fall der Verbindung mehrerer auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhender Klageanträge. In ihrer eventuellen Verbindung erblickt Petersen, ebenso wie Eccius (Gruchot 33, S. 139 ff.) regelmäßig eine bedingte Klageerhebung im Sinne einer bedingten Rechtshängigmachung des eventuellen Anspruchs. Eine solche aber erklären beide für prozessual unzulässig. Petersen gibt zwar zu, daß eine Auslegungsausnahme nach der Richtung unter Umständen bestehen könne, daß der Kläger zunächst beide Ansprüche unbedingt erhebe, bezüglich des einen aber künftige Klagezurücknahme ankündige. Abgesehen davon aber, daß er ein solches Gebaren mit Rücksicht auf seine Wirkungslosigkeit für unpraktisch hält, kommt er, wie Lämmert auch, für diesen Fall zu der Folgerung, daß gerade in der unbedingten gleichzeitigen Aufstellung widersprechender Behauptungen eine gegenseitige Beeinträchtigung der Klagebegründungen liege, die ohne weiteres zur Abweisung wegen mangelnder Schlüssigkeit führen

müsse, da man, wie er ausführt, schlechterdings nicht darüber hinwegkomme, „daß der Kläger in einem Atem eine Tatsache als bestehend und als nicht bestehend behaupte".

Kleinfeller (Lehrbuch S. 293) nimmt einen ähnlichen Standpunkt ein. Er erklärt eine in mehrfacher Klageerhebung zum Ausdruck kommende Eventualhäufung unter dem Gesichtspunkt bedingter Klageerhebung für unzulässig. Dagegen ist nach seiner Ansicht ein Eventualverhältnis innerhalb einer und derselben Klage möglich. Identität der Klage aber soll vorliegen: 1. bei eventueller Verbindung mehrerer Klagegründe, welche den nämlichen Antrag stützen, 2. bei eventueller Verbindung mehrerer Klageanträge, welche aus demselben Rechtsverhältnis erwachsen und dasselbe wirtschaftliche Ziel verfolgen. Sein Standpunkt deckt sich also im wesentlichen mit demjenigen von Petersen.

Am weitesten geht Schmidt (Lehrbuch § 131), indem er offensichtlich die Zulässigkeit der Eventualhäufung nur vom wirtschaftlichen Zusammenhang der Ansprüche abhängig macht. Er läßt sogar scheinbar jegliche eventuelle Anspruchshäufung zu, indem er als zulässige Eventualhäufung nicht nur die eventuelle Verbindung mehrer Klagegründe für dieselbe Leistung, mag dieselbe in einem einheitlichen oder in mehreren sich gegenseitig ausschließenden, aber wirtschaftlich gleichwertigen Anträgen gefordert werden, zuläßt (S. 832, Ziff. 3), sondern auch die Möglichkeit einer eventuellen Häufung mehrerer verschiedenartiger Leistungen, deren jede aus einem anderen Rechtsverhältnis abgeleitet wird, scheinbar ohne Einschränkung anerkennt (S. 832, Ziff. 2). Allein im letzteren Fall zeigt das von Schmidt gewählte Beispiel (Anspruch auf Vertragserfüllung, eventuell, d. h. für den Fall, daß der Vertrag wegen mangelnder Ernstlichkeit nichtig oder etwa angefochten sein sollte, Anspruch auf negatives Vertragsinteresse) daß er jedenfalls die eventuelle Häufung von Ansprüchen, die in keinerlei Zusammenhang stehen, nicht einbezogen wissen will, sondern auch bei der eventuellen Verbindung mehrerer auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhender Forderungen einen gewissen inneren Zusammenhang der Klagegründe fordert. Eine nähere Begründung seiner Auffassung gibt Schmidt jedoch

nicht, namentlich ist die gleichzeitige Rechtshängigkeit sämtlicher Ansprüche für ihn nicht, wenigstens nicht ausgesprochenermaßen, Voraussetzung der Zulässigkeit eventueller Häufung, sondern offenbar lediglich Folge des gemeinsamen Klageerhebungsaktes (S. 834).

Davon ausgehend, daß eine befriedigende Lösung des Problems auf der Basis der Anspruchshäufung nicht möglich erscheine, hat Bucerius (Zeitschrift 37, S. 193 ff.) eine eigenartige Lösung unter Ausscheidung der Annahme einer Mehrheit von Ansprüchen versucht. Er beschränkt seine Konstruktion ausdrücklich auf die Eventualität ohne inneren Widerspruch der Tatbestände, d. h. auf diejenigen Fälle, die von ihm näher dahin bezeichnet werden, daß entweder aus genau denselben Tatsachen mehrere Anträge abgeleitet werden, oder daß der Tatbestand zwar „im wesentlichen" der gleiche bleibe, aber doch einzelne Tatsachen für den Eventualantrag unerheblich seien, oder der Kläger für die Begründung des Eventualantrags noch einzelne weitere Tatsachen behaupte, oder endlich an Stelle von einzelnen für den Prinzipalantrag wesentlichen Tatsachen andere treten (S. 194/95), daß also unter Beibehaltung eines gemeinschaftlichen Tatbestandsstücks der Kläger höchstens einige Tatsachen mehr behaupte, als für die Begründung des einen oder anderen Antrags erforderlich sei (S. 196). Mit Rücksicht hierauf geht er davon aus, daß allen auf nicht widersprechenden Tatsachen beruhenden, mit Eventualanträgen ausgestatteten Klagen nur ein äußerer wirtschaftlicher Vorgang zugrunde liege, der nur unter verschiedenen Gesichtspunkten gewürdigt werden könne, und daß diese Einheit des zur Entscheidung verstellten Tatsachenkomplexes auch die Einheit der „Klage" bedinge, deren Eigentümlichkeit lediglich darin bestehe, daß sie verschiedene Lösungsmöglichkeiten biete (S. 195/96, 198); die Klage stellt sich nach seiner Auffassung dar als „eine Einheit mit mehreren Gesichten, von denen nur eines das richtige sein soll" (S. 196). Er präzisiert auf dieser Grundlage die ganze Streitfrage dahin: „Ist eine Klage zulässig, die als Klagegrund einen äußeren Vorgang darlegt, die rechtliche Würdigung dem Richter überläßt, allen möglichen Auffassungen aber dadurch Rechnung trägt, daß entsprechende Eventualanträge gestellt werden?" Als maßgebendes

Prinzip für die Beantwortung der Frage stellt er lediglich den § 253 CPO. auf, unter ausdrücklicher Ablehnung der Anwendbarkeit des § 260 CPO., wobei er weder das Erfordernis bestimmter Angabe des Klagegrunds, noch das des bestimmten Antrags als durch das Eventualverhältnis in Frage gestellt erachtet (S. 196/98).

Daß dieser für den Ausschluß einer Anspruchshäufung wesentliche Ausgangspunkt der Konstruktion nach unserer Auffassung nicht zutreffend ist und daß weder die Einheit des zugrunde liegenden wirtschaftlichen Vorgangs noch die Einheit des wirtschaftlichen Zieles das Vorliegen einer Anspruchsmehrheit im Sinne des § 260 CPO. ausschließt, ergibt sich aus unseren Ausführungen in § 1 der Abhandlung.

Wichtig ist jedoch, selbst wenn man auch für die hier in Frage stehenden Fälle in § 260 die passende Norm erblickt, die weitere Entwicklung, die Bucerius seinem Standpunkt gibt: bei der Bestimmung der Grenzen zulässiger Eventualanträge (S. 198/99) stellt er als grundlegendes Erfordernis auf, daß die eventuell verbundenen Anträge nach dem Willen des Klägers in gleicher Weise rechtshängig und durch jede im Prozeß ergehende Sachentscheidung rechtskräftig erledigt werden müssen. Dies ist der eigentliche Kernpunkt seiner Theorie. Die Möglichkeit gleichzeitiger Rechtshängigkeit aller eventuellen Ansprüche ist für Bucerius der innere Grund für die Zulässigkeit ihrer Verbindung in einer Klage, und die gleichzeitige Rechtshängigkeit ist nach ihm ihrerseits wieder dadurch bedingt, daß durch einmaliges Sachurteil alle eventuell erhobenen Ansprüche für immer erledigt werden. Ein solches, an sich einheitliches, aber dennoch verschiedene Ansprüche gleichzeitig umfassendes Sachurteil ist für B. deshalb möglich, weil bei der eventuellen Geltendmachung einander ausschließender Ansprüche der Kläger vom Richter nicht ein bloßes Ja oder Nein, sondern die Entscheidung einer Wahl durch einen Ausspruch in der Form entweder — oder, bezw. weder — noch in dem Sinne fordert, daß ihm nur das endgültig Gewählte zustehen soll. Wo dagegen eine solche Wahl nicht gefordert wird, wo also die Erledigung des einen Anspruchs nicht zugleich diejenige des anderen enthält, da liegt auch nach B. eine bedingte Rechtshängig-

keit des eventuellen Anspruchs vor, denn es würde nach seiner Auffassung „ein Anspruch im Prozeß erhoben sein, der keine rechtskräftige Erledigung fände, trotzdem der Prozeß vollkommen bis zur Sachentscheidung durchgeführt wäre."

Das Merkwürdige und unseres Erachtens Unrichtige an dieser Auffassung ist, daß B. das Wesen der Eventualität nicht in einem objektiv gegebenen gegenseitigen Bedingungsverhältnis der Ansprüche, sondern im subjektiven Willen des Klägers erblickt, nämlich in dem Willen, daß er, wenn ihm das eine rechtskräftig zugesprochen sei, das andere nicht mehr solle fordern können (S. 216); der Umstand, daß der Kläger diese Ausdehnung der Rechtskraftwirkung ausdrücklich auf sich nimmt, soll ausreichen, sogar von zwei in keinerlei Verhältnis zueinander stehenden Ansprüchen den einen für alle Zukunft als rechtskräftig aberkannt erscheinen zu lassen (S. 204). Dies bedeutet nichts mehr und nichts weniger, als die Erhebung des klägerischen Willens zum Rechtskraft schaffenden Faktor.

Immerhin ist diese auf dem Gedanken einer Ausdehnung der Rechtskraft aufgebaute Theorie nicht von der Hand zu weisen, sobald sie auf eine objektive Grundlage gestellt wird, d. h. sobald man die Grundlage des Eventualverhältnisses nicht im Willen des Klägers, sondern im gegenseitigen Bedingungsverhältnis der Ansprüche sucht. Von diesem Standpunkt aus werden die von B. gewonnenen Resultate unten S. 89 ff. noch eine ausgedehnte Würdigung erfahren.

Eine eigentümliche Stellung nimmt W e i s m a n n (Lehrbuch, § 104) ein, indem er einerseits davon ausgeht, daß es sich in den hier in Frage stehenden Fällen um eine materielle Anspruchshäufung handelt, deren Eigenart darin liege, daß der zweite Anspruch nur für den Fall der Unbegründetheit des primären Anspruchs, also nach seinen eigenen Worten nur „bedingt" erhoben sei, andererseits aber hierin nicht etwa eine bedingte Klageerhebung, sondern die Eigentümlichkeit dieser Art der Klageerhebung darin findet, daß der eventuelle Anspruch sich bei der Zuerkennung des primären kraft des „logischen Verhältnisses" der Ansprüche zueinander auch ohne besondere Kognition von selbst erledige (vgl. hierüber unten S. 77 f.).

Endlich sind noch zwei Aufsätze zu erwähnen, welche die Frage nach der Zulässigkeit eventuellen Vorbringens schlechthin an der Hand einer ausgedehnten Kasuistik behandeln, ohne damit ausreichendes Material für eine prinzipielle Lösung zu bieten:

Pfizer (Zeitschrift 21, S. 367) unterscheidet zwischen eventuellem tatsächlichem Vorbringen des Klägers mit Bezug auf einen einheitlichen Antrag und zwischen mehreren eventuellen Klageanträgen. Im ersten Fall gelangt er zu dem Resultat, daß, wenn eine Partei unterlassen habe, sich den Beweis für eine behauptete Tatsache zu sichern, ihr dies nicht das Recht gebe, nebeneinander zwei Tatsachen zu behaupten, von denen die eine nicht wahr sein könne. Im Fall solcher Widersprüche habe der Richter die Pflicht, die sich widersprechende Partei zu einer widerspruchsfreien Erklärung aufzufordern; unterbleibt eine solche, so soll die Partei so angesehen werden, als habe sie weder die eine noch die andere Behauptung aufgestellt, d. h. als hätte sie zu der Frage nicht verhandelt, so daß entweder § 138 oder § 333 CPO. zur Anwendung komme. Pfizer macht hierbei, wie aus seinen Beispielen hervorgeht, keinen Unterschied, ob der Widerspruch in den anspruchsbegründenden Tatsachen oder in Nebentatsachen vorliegt; er behandelt mit anderen Worten, um die Definition des § 268 CPO. zu gebrauchen, einen Widerspruch im Klagegrund ebenso wie denjenigen, der durch Ergänzung oder Berichtigung der für die Identität des Klagegrunds an sich unwesentlichen tatsächlichen Ausführungen entsteht.

Denselben Fehler, nur in umgekehrtem Sinn, macht Meyer in Zeitschrift Band 23, S. 32 ff., woselbst er die Pfizersche Ansicht bekämpft. Meyer ist zuzugeben, daß es in allen von ihm angeführten Beispielen (S. 43 und 46) eine durch nichts gerechtfertigte Härte wäre, wollte man dem Kläger eventuelle Behauptungen über Ort, Zeit, Art der Entstehung einer Verabredung usw. verwehren; allein hier handelt es sich überall nicht um widersprechende Tatbestände, sondern um eventuelle Behauptungen akzessorischer Natur. Dies verkennt Meyer ebenso wie Pfizer.

Mehr prinzipieller Natur sind die Erörterungen Pfizers über die Zulässigkeit eventueller Anträge. Er unterscheidet hierbei die Begriffe „Gesuch“ und „Klage“. Das Gesuch verhält sich nach seiner Meinung zur Klage wie der Teil zum Ganzen, die Klage sei zusammengesetzt aus dem Klagegrund und dem Klageantrag, d. h. eben dem Gesuch. Die eventuelle Verbindung mehrerer aus einer und derselben tatsächlichen Begründung erwachsenden Gesuche hält er für zulässig, diejenige von Anträgen, die aus verschiedenen, und zwar einander ausschließenden tatsächlichen Begründungen hervorgehen, erklärt er dagegen für unzulässig, da die Geltendmachung eines zweiten Klagegrunds die Erhebung einer weiteren selbständigen Klage bedeute, und eine bedingte Klageerhebung, wie sie in der eventuellen Fassung der Klage enthalten sei, nicht als statthaft anerkannt werden könne. Dabei erblickt er im „Klagegrund“ nicht den juristischen „Tatbestand“, sondern den einheitlichen tatsächlichen Gesamtvorgang, auf den sich der Kläger stützt. Maßgebend ist für ihn offenbar der Umstand, ob eine einfache Teilung des Gesamttatbestands in der Weise möglich ist, daß das eine Gesuch durch den Gesamttatbestand, das andere nur durch einen Teil desselben begründet wird. Dies trifft jedoch bei widersprechenden Ansprüchen gar nicht zu, da die Aufstellung zweier positiven, jedoch sich gegenseitig ausschließenden Behauptungen die Einheit des tatsächlichen Gesamtvorgangs mit Notwendigkeit beseitigt, während in denjenigen Fällen, in welchen der Widerspruch darin besteht, daß zum Klagegrund des zweiten Anspruchs ein im ersten Klagegrund enthaltener Tatumstand nicht nur nicht, sondern geradezu in seiner negativen Fassung gehört, von einer bloßen Teilung des Gesamtvorgangs nicht mehr gesprochen werden kann. Diesen Unterschied zwischen bloßer Teilbarkeit und innerem Widerspruch eines Gesamttatsachenkomplexes verkennt Pfizer. So nimmt er bloße Teilbarkeit an, wenn der Kläger primär aus Darlehen, eventuell aus Bereicherung klagt; er supponiert dabei: Ich habe mein Eigentum ohne Gegenleistung, auch nicht donandi animo auf den Beklagten übertragen, und zwar ist dies geschehen gegen sein Versprechen, mir tantundem eiusdem generis nebst Zins zurück-

zugeben. Hier soll sich nach Pfizer aus dem ersten Teil des Vorbringens der Bereicherungsanspruch, aus der Hinzunahme des zweiten Teils der Kontraktanspruch ergeben. Dabei ist übersehen, daß zum Klagegrund des Bereicherungsanspruchs die positive Angabe mangelnder causa gehört, daß also die im zweiten Teil des klägerischen Vorbringens enthaltene Behauptung der causa, wenn ein Bereicherungsanspruch begründet werden soll, nicht nur weggelassen werden darf, sondern gerade in ihrer negativen Fassung ausdrücklich behauptet werden muß; der Klagegrund der Bereicherung ist also nicht bloß ein Teil des dem Kontraktanspruch zugrunde liegenden Tatbestands, sondern sein gerades Gegenteil. Es würden also in allen derartigen Fällen nach Pfizers eigener Definition nicht mehrere Gesuche, sondern eine nach seiner Ansicht unzulässige eventuelle Verbindung mehrerer selbständiger „Klagen" vorliegen.

Die Kommentare zur Zivilprozeßordnung haben von jeher die vorsorgliche Geltendmachung auch widersprechender Ansprüche, und zwar nicht nur, soweit es sich um die Geltendmachung mehrerer Klagegründe für denselben Antrag handelt, in mehr oder weniger weitgehendem Maße zugelassen.

Wilmowski-Levy (§ 232 a. F. Bem. 4) und Petersen, Remelé und Anger (§ 260 Bem. 4) lassen die Zulässigkeit von Eventualklagen in der Unzulässigkeit bedingter Rechtshängigkeit ihre Grenze finden; wo diese Grenze liegt, darüber sprechen sich beide nicht deutlich aus; doch ist immerhin soviel zu entnehmen, daß sie bei einander ausschließenden Ansprüchen nur ausnahmsweise die bedingte Rechtshängigkeit verneinen, wie dies für seinen Standpunkt Petersen in Zeitschrift 16 S. 509 näher formuliert hat[1].

Auch Gaupp-Stein (§ 260 Bem. II) erklärt jede eventuelle Häufung zweier selbständigen Ansprüche, selbst bei nicht widersprechenden Gründen, mit Rücksicht auf die hierin liegende bedingte Klageerhebung für unzulässig, wobei er jedoch den Be-

[1] Die Ablehnung widersprechender Tatbestände unter dem Gesichtspunkt des § 253 durch Wilmowski-Levy a. a. O., kann hier außer Berücksichtigung bleiben.

griff der Anspruchshäufung beschränkt auf den Fall, daß mehrere selbständige Anträge aus mehreren selbständigen Tatbeständen abgeleitet werden. Dagegen läßt er eine eventuelle Begründung desselben Antrags und umgekehrt die Ableitung eventueller Anträge aus einem und demselben (von ihm allerdings sehr weit gefaßten) Klagegrund zu, da in diesen Fällen nur die Geltendmachung verschiedener Angriffsmittel in einer und derselben Klage in Frage stehe.

Abweichend von den bisher Genannten ziehen Seuffert und Struckmann-Koch den Eintritt bedingter Rechtshängigkeit auf Grund des materiellen Ausschließungsverhältnisses der Ansprüche in Abrede. Sie verwenden dasselbe lediglich zur Konstruktion einer besonderen Art der Anspruchshäufung, deren Eigenart darin liegen soll, daß hinsichtlich des eventuellen Anspruchs trotz seiner unbedingten Rechtshängigkeit nur eine bedingte Urteilsbitte erhoben sei. Seuffert (§ 260 Bem. 2c, d) führt dabei aus, daß durch die Einführung des Eventualanspruchs in den Prozeß nicht die Bitte um Urteil überhaupt, sondern nur die Eventualverurteilung von einer Bedingung abhängig gemacht werde. Dasselbe will Struckmann-Koch (§ 260 Anm. 7) besagen, wenn er die Besonderheit dieser Häufung erblickt „in dem im materiellen Recht begründeten Vorbehalt des Klägers, daß er die Entscheidung über den eventuellen Anspruch nur für den Fall begehrt, daß der prinzipale nicht zugesprochen wird". Für beide ist die grundlegende Voraussetzung ein ähnlicher Gedanke, wie bei Weismann, nämlich der, daß der eventuelle Anspruch mit dem primären dergestalt im Zusammenhang steht, daß er für den Fall des Durchdringens mit dem prinzipalen Anspruch für den Kläger von selbst gegenstandslos wird (so ausdrücklich Struckmann-Koch a. a. O.); wo ein solches materielles Verhältnis der Ansprüche nicht besteht, erblicken auch die Genannten in der eventuellen Geltendmachung eines zweiten Anspruchs eine unzulässige bedingte Klageerhebung.

Es wird in diesem Zusammenhang notwendig, diese auf der Annahme einer bedingten Urteilsbitte bei unbedingter Rechtshängigkeit beruhende Konstruktion näher zu betrachten. Die-

selbe enthält zweifellos gewisse Widersprüche. Richtig ist nur so viel, daß allerdings Rechtshängigkeit mehrerer Ansprüche im materiellen Sinn denkbar ist, ohne daß damit auch eine urteilsmäßige Erledigung aller dieser Ansprüche erforderlich wäre. Allein das hat nicht darin seinen Grund, weil die Urteilsbitte hinsichtlich gewisser materieller Ansprüche nur bedingt ausgesprochen wäre, sondern darin, daß sie sich überhaupt gar nicht auf die Ansprüche im materiellen Sinn bezieht. Das Urteil als prozeßerledigender Akt ergeht, wie schon des öfteren dargelegt, über einen ausschließlich nach prozessualen Gesichtspunkten individualisierten Anspruch, nämlich über das, was im Prozesse gefordert wird, über das „Beanspruchte". Daraus ergibt sich aber, daß bei Identität des Beanspruchten trotz Mehrheit der materiellen Ansprüche nur eine einzige Urteilsbitte und diese allerdings unbedingt in Frage steht, daß also für eine weitere bedingte Urteilsbitte gar kein Raum mehr bleibt. Dagegen kann allerdings da, wo auf Grund der verschiedenen materiellen Ansprüche „Verschiedenes" im Sinne verschiedener Petita gefordert wird, von einer Mehrheit der Urteilsgesuche und damit von der Möglichkeit bedingter Urteilsbitte gesprochen werden. Allein es erscheint widerspruchsvoll, in diesen Fällen auf der einen Seite unbedingte Rechtshängigkeit, auf der anderen eine bedingte Urteilsbitte anzunehmen. Es geht meines Erachtens nicht an, zwischen einem — allein die Rechtshängigkeit begründenden — Akt der gerichtlichen Unterbreitung des Anspruchs und einem hiervon gesonderten Akt der Urteilsbitte zu unterscheiden. Es gibt keine Einführung eines materiellen Anspruchs in den Prozeß ohne gleichzeitige Bitte um Entscheidung seines zugehörigen Petitums. Diese Entscheidung ist der erste und einzige Zweck des Prozesses und mit diesem von Anfang an gegeben. Unbedingte Rechtshängigkeit des materiellen Anspruchs in Verbindung mit bedingter Urteilsbitte hinsichtlich seines zugehörigen Petitums ist daher rechtlich nicht möglich. Außerdem aber sprechen folgende praktische Erwägungen gegen die Annahme einer bedingten Urteilsbitte: macht man die Bitte um Urteil über das eventuelle Petitum von einer regelrechten Bedingung abhängig, so entfällt mit dem Ausfall der Bedingung

die Möglichkeit, über das eventuelle Petitum zu urteilen. Dasselbe kann daher, da es kein zu- oder aberkannter Anspruch im Sinne des § 537 ist, nicht in die zweite Instanz erwachsen, was zu einer Zerreißung der in einem materiellen Abhängigkeitsverhältnis stehenden Ansprüche und damit zu einer den Interessen des Klägers zuwiderlaufenden Aufhebung des Zusammenhangs der Ansprüche in zweiter Instanz führen würde. Der Fehler dieser Konstruktion liegt meines Erachtens darin, daß die prozessualen Wirkungen des materiellen Ausschließungsverhältnisses der Ansprüche nicht richtig erkannt sind. Das materielle Verhältnis der Ansprüche hat nicht die Folge, daß bei Zuerkennung des primären Anspruchs über den eventuellen nicht mehr geurteilt werden dürfte, die Urteilsbitte hinsichtlich des letzteren also nur unter der Bedingung der Abweisung des primären Anspruchs aufgestellt werden könnte; vielmehr liegt Kraft des materiellen Verhältnisses der Ansprüche in der Zuerkennung des primären Anspruchs ipso jure die Aberkennung des eventuellen; es steht also überhaupt gar keine gesonderte Entscheidungsnotwendigkeit, ja nicht einmal eine gesonderte Entscheidungsmöglichkeit in Frage, sondern die eine Entscheidung enthält implicite die andere, sie ist eine einheitliche, jedoch nach zwei entgegengesetzten Richtungen wirkende. Das nähere darüber siehe unten S. 85 ff.

Kurz hingewiesen sei noch auf die Stellungnahme des Reichsgerichts: Dasselbe unterscheidet — allerdings in gewissem Widerspruch mit dem Beschluß der vereinigten Zivilsenate in Entscheidung 27 S. 385 ff. — zwischen einer Häufung der Klagegründe bei einheitlichem Antrag und einer Häufung der Klageanträge selbst; nur im letzteren Fall nimmt es das Vorliegen einer Klageanhäufung im Sinne des § 260 an. Die eventuelle Häufung der Klagegründe bei einheitlichem Antrag wird durchweg zugelassen, auch dann, wenn sie sich widersprechen (vergl. Entscheidungen 42, S. 406, 45 S. 316, 50 S. 273). Was dagegen die Frage der eventuellen Häufung der Klageanträge betrifft, so hat das Reichsgericht dieselbe ausdrücklich nur zugelassen, soweit sich die Anträge aus einem und demselben Sachverhältnis infolge von verschiedener Rechtsanwendung ergeben: vgl. jur. Wochenschr.

1900 S. 292. Dagegen hat es die Frage nach der Zulässigkeit der Ableitung eventueller Anträge aus verschiedenen widersprechenden Tatbeständen bis jetzt unentschieden gelassen, vgl. Entscheidungen 18 S. 385 und 42 S. 216, sowie Jur. Wochenschr. 1900 S. 292.

III.

Betrachten wir nun unter Beiseitesetzung der bisher genannten Konstruktionsversuche die Fälle der Eventualität näher, so haben wir zunächst die verschiedenen Möglichkeiten der Häufung solcher Ansprüche, die sich gegenseitig ausschließen, zu untersuchen.

Gemeinsam ist allen, daß die Ansprüche, mögen sie in einem einheitlichen oder in verschiedenen Klageanträgen gipfeln, stets der Verwirklichung eines und desselben wirtschaftlichen Zieles dienen, so daß also der Kläger, welcher gemäß seinem einen Antrag völlig befriedigt wird, stets damit alles erhält, was ihm nach seiner eigenen Behauptung gebührt. Von dieser Grundlage ausgehend kann man folgendermaßen unterscheiden:

1. Die Ansprüche beruhen auf einem und demselben Rechtsverhältnis, wobei die Identität des Rechtsverhältnisses bestimmt ist durch die Identität der ursprünglich zwischen dem Kläger und dem Beklagten als vorhanden behaupteten tatsächlichen und rechtlichen Beziehung, aus deren Fortbildung nach der positiven oder negativen Seite hin die verschiedenen Einzelansprüche erwachsen sind. Beispiele: Anspruch auf Vertragserfüllung, eventuell auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung — Anspruch auf Vertragserfüllung, eventuell Anspruch auf Rückgabe der gelieferten Sache wegen Rücktritts — Anspruch auf Herausgabe einer Sache, eventuell auf Ersatz ihres Wertes wegen inzwischen eingetretener Unmöglichkeit der Herausgabe.

Es handelt sich hier also im wesentlichen darum, daß der eventuelle Anspruch aus der Unmöglichkeit der Befriedigung oder aus der Wiederaufhebung des primären Anspruchs erwächst, also um den Fall, welcher — falls das den zweiten Anspruch bedingende Ereignis nach Beginn der Rechtshängigkeit eintritt —, durch § 268 Ziff. 3 CPO. gedeckt wird. Beide Ansprüche schließen sich demnach gegenseitig aus, insofern beim Begründetsein des einen

der andere damit ipso jure als unbegründet erscheint; eine Nebeneinanderexistenz beider Ansprüche ist also in keinem Zeitpunkt möglich, und das unterscheidet diese Fälle der Eventualität von den in S. 27 ff. erwähnten Fällen der Parallelität. Auf der anderen Seite haben beide Ansprüche nicht nur einzelne Tatumstände, sondern einen vollständigen Grundtatbestand gemeinsam (z. B. den behaupteten Vertragsschluß etc.), was zwar das Ausschließungsverhältnis nicht hindert, aber doch die Ansprüche nicht als im eigentlichen Sinn sich widersprechende erscheinen läßt; die Ansprüche stehen vielmehr schon vom materiellen, nicht nur vom prozessualen Standpunkt aus in einem Aushilfsverhältnis. Man kann daher die Bedingung, unter welcher der eventuelle Anspruch für die Befriedigung des Rechtsverhältnisses von Bedeutung wird, dahin formulieren, daß der eventuelle Anspruch in Funktion tritt, wenn der primäre n i c h t m e h r begründet ist.

2. Die Ansprüche beruhen auf verschiedenen Rechtsverhältnissen, d. h. die vom Kläger behaupteten tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten sind von Anfang an für jeden der erhobenen Ansprüche selbständige und andere. Man kann hier wieder unterscheiden:

a) das Ausschließungsverhältnis beruht auf dem Widerspruch der behaupteten r e c h t l i c h e n Beziehungen, d. h. darauf, daß der Kläger auf einen und denselben Tatbestand verschiedene, zu verschiedenen Anträgen führende Rechtskonstruktionen anwendet, von denen kraft objektiven Rechts stets nur eine die richtige sein kann. Beispiel: der Kläger klagt aus Verletzung eines durch tatsächliche Angaben individualisierten Rechtsverhältnisses, indem er davon ausgeht, daß das in Frage stehende Rechtsverhältnis ein Werkvertrag sei; für den Fall, daß es als Dienstvertrag angesehen werden sollte, leitet er unter Anwendung der hierfür maßgebenden Grundsätze andere Folgen aus demselben ab.

b) Das Ausschließungsverhältnis beruht auf dem Widerspruch der behaupteten t a t s ä c h l i c h e n Beziehungen, d. h. der Tatbestand des einen Anspruchs ist mit demjenigen des anderen unvereinbar. Dies kann wieder in doppelter Weise der Fall sein:

Entweder nämlich besteht der Widerspruch lediglich darin, daß Klagtatsachen des einen Tatbestands in ihrer negativen Fassung als Bestandteile des anderen Tatbestands erscheinen, so daß also der Widerspruch sich darin verkörpert, daß alle oder ein Teil der Klagtatsachen des einen Anspruchs im Tatbestand des anderen Anspruches nicht enthalten sind, und,.was das Wesentliche ist, nicht enthalten sein können und dürfen, daß also dieselben Tatumstände in einen Tatbestand als positive, im anderen als negative Voraussetzungen auftreten. Beispiel: Anspruch aus Darlehen, eventuell aus Bereicherung.

Der Widerspruch kann sich aber auch darin verkörpern, daß der eine Tatbestand andere positive, mit denen des ersten Tatbestands nicht vereinbare Tatsachen enthält, daß also zwei widersprechende Positiven sich gegenüberstehen, während im vorerwähnten Fall der Widerspruch darin besteht, daß eine Positive in ihre entsprechende Negative verkehrt wird. Beispiel: Anspruch aus Darlehen, eventuell aus unerlaubter Handlung = Anspruch auf Vertragserfüllung, eventuell, falls ein Grund vorliegen sollte, der den Vertragsschluß als nichtig oder erfolgreich angefochten erscheinen lassen sollte, auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

In allen diesen unter Ziff. 2 erwähnten Fällen läßt sich das Bedingungsverhältnis der Ansprüche dahin formulieren, daß der eventuelle Anspruch in Funktion tritt, wenn der primäre schlechthin überhaupt nicht begründet ist (und nie begründet war).

Für die Frage nach der prozessualen Zulässigkeit derartiger Eventualverbindungen gewinnt das Ausschließungsverhältnis der materiellen Ansprüche unter einem doppelten Gesichtspunkt Bedeutung: es fragt sich einmal, ob das Ausschließungsverhältnis eine Verletzung der in § 253 CPO. für jede Klage, also auch für die Klagenhäufung aufgestellten wesentlichen Erfordernisse bedingt; und sodann ist zu untersuchen, ob und inwieweit das Ausschließungsverhältnis auf die Möglichkeit gleichzeitiger Rechtshängigkeit aller Ansprüche von Einfluß ist.

Was zunächst die Frage nach einer Verletzung des § 253 betrifft, so hat man früher, insbesondere im Anschluß an Wetzell,

eventuelle Klagegründe und Klageanträge deshalb für unzulässig erklärt, weil sie dem Erfordernis bestimmter Angabe des Klagegrunds und bestimmter Antragstellung nicht entsprächen. Das ist nicht zutreffend. Was zunächst die Antragstellung betrifft, so liegt selbst bei widersprechenden Anträgen eine Unbestimmtheit deshalb nicht vor, weil es dem Kläger ja gar nicht einfällt, seine widersprechenden Anträge nebeneinanderzustellen; er stellt seine Anträge vielmehr hintereinander, er loziert sie nach erster und zweiter Stelle. Damit ist sowohl das Deliberationsinteresse des Beklagten, wie das allgemeine Interesse an Fixierung des Prozeßgegenstands ausreichend gewahrt; von einer Unbestimmtheit in der Richtung, daß weder Gericht noch Beklagter wüßten, was man eigentlich von ihnen verlangt, ist keine Rede. Ebenso steht es bei eventueller Begründung: § 253 fordert bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs, also Individualisierung des eingeklagten Anspruchs im Sinne einer Abgrenzung seiner materiellen Eigenart. Den Gegensatz hierzu bildet die Unbestimmtheit der Individualisierung, d. h. derart mangelhafte Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs, daß überhaupt nicht ersichtlich ist, ob ein solcher vom Kläger als vorhanden behauptet wird oder nicht. Eine derartig unbestimmte Klageerhebung kann keine Grundlage einer sachlichen Verhandlung abgeben. Um sie handelt es sich aber in unserem Fall gar nicht. Hier werden durch einen Klageerhebungsakt mehrere materielle Ansprüche vor Gericht gebracht. Die Klage kann als Grundlage der Verhandlung dienen, sobald jeder der einzelnen materiellen Ansprüche in tatsächlicher Richtung so bezeichnet ist, daß prima facie seine Existenzmöglichkeit ersichtlich ist. Gleichgültig ist dagegen, daß die einzelnen Ansprüche sich widersprechen; dadurch wird an der Tatsache, daß jeder einzelne von ihnen dem Gericht so unterbreitet ist, daß überhaupt eine Sachverhandlung über ihn möglich ist, ebensowenig etwas geändert, wie in dem Fall, wo dem Richter kraft privater oder amtlicher Kenntnis die Unwahrheit der behaupteten Tatsachen bekannt ist. Der Umstand, daß der Richter aus den gleichzeitig aufgestellten gegenteiligen Tatumständen eines anderen Anspruchs Zweifel bezüglich der Wahrheit der

primären Behauptungen herleiten kann, beeinflußt das formale Erfordernis des § 253 nicht. Der Widerspruch der geltend gemachten Ansprüche kann also niemals den Grund zu einer Prozeßabweisung wegen mangelhafter Klageerhebung abgeben (so auch Lämmert, S. 438 ff. und Hellwig, Lehrbuch III, S. 82/83).

Es wäre aber auch unrichtig, aus dem Widerspruch in der tatsächlichen Begründung der Ansprüche in der Richtung Bedenken herzuleiten, daß man sagt, der Kläger mache sich einer widersprechenden Geschichtserzählung schuldig, was im Wege der Beweiswürdigung zur gegenseitigen Aufhebung der unvereinbaren Behauptungen und damit notwendig zur Sachabweisung führe, soweit die Schlüssigkeit der Klage auf den unvereinbaren Behauptungen beruhe. Der Kläger stellt ja nicht die widersprechenden Behauptungen nebeneinander, auf gleicher Stufe auf, sondern nur vorsorglich, also in einem Aushilfsverhältnis. Das muß ihm unter allen Umständen gestattet werden, solange nur die vorsorgliche Behauptung von klagbegründenden Tatsachen überhaupt noch sich als Klageerhebung darstellt, d. h. solange sie nicht zur bedingten Klageerhebung führt. Dies gilt nicht nur für die Fälle, in denen der eventuelle Tatbestand lediglich auf der negativen Fassung des primären aufgebaut ist (so Lämmert, S. 438 ff.), sondern auch für den Fall des Widerspruchs zweier Positiven. Es ist kein Grund einzusehen, warum gerade hier dem Kläger aus dem Umstand, daß er die Sachlage nicht mit absoluter Sicherheit zu überschauen in der Lage ist und daher die sämtlichen möglichen Tatsachen von vorneherein dem Richter unterbreitet, im Gegensatz zu den Fällen des bloßen Widerspruchs einer Positive und einer Negative ein Vorwurf gemacht werden soll. In der Tat läßt die heutige herrschende Meinung widersprechende Klagebegründungen in vollem Umfange zu, unter der einen Voraussetzung, daß hierdurch nicht bedingte Klageerhebung entsteht. Vgl. hierüber Gaupp-Stein, § 260, Bem. II a mit ausführlicher Begründung, die dahin geht, daß die Behauptungen der Klage nicht sowohl Aussagen über das Wissen der Partei, sondern die Erklärung dessen seien, was sie im Urteil berücksichtigt wissen wolle, und daß dabei unter Berücksichtigung der praktischen Erfahrung, daß die Par-

teien unendlich oft Tatsachen behaupten müssen, von denen sie ein eigenes Wissen nicht haben und deren Beweis daher nicht von ihnen selbst abhänge, unter Berücksichtigung weiterhin des Umstands, daß auch der Beklagte die Möglichkeit widersprechender Verteidigung habe und zu verschiedener Behandlung der Parteien kein Anlaß vorliege, der Ausschluß widersprechender Begründungen sich nicht rechtfertigen lasse.

Bei Erörterung der zweiten Frage, ob nämlich trotz des Widerspruchs der Ansprüche ihre gleichzeitige unbedingte Rechtshängigkeit möglich ist, haben wir von demselben Grundgedanken auszugehen, wie schon bei Beantwortung der nämlichen Frage in den §§ 7 und 8 der Abhandlung. Darnach liegt bedingte Rechtshängigkeit eines Anspruchs vor, wenn durch die Klageerhebung neben dem primären Anspruch ein zweiter materieller Anspruch in den Prozeß eingeführt wird, der bei Zuerkennung des primären Anspruchs, also beim Erlaß der vom Kläger in erster Linie und für diesen Fall auch allein geforderten Sachentscheidung nicht gleichfalls erledigt ist, dessen Rechtshängigkeit also fortdauern würde, trotzdem der Prozeß nach dem Willen des Klägers vollständig zu Ende geführt ist. Gleichzeitige unbedingte Rechtshängigkeit kann daher nur dann angenommen werden, wenn die Ansprüche in einem solchen Verhältnis stehen, daß der eventuelle Anspruch auch im Falle der Zuerkennung des primären eo ipso prozessual erledigt ist, so daß es sich erübrigt, denselben „nur für den Fall der Aberkennung des primären Anspruchs", also nur bedingt der richterlichen Verhandlung und Entscheidung zu unterbreiten.

Ob ein solches Verhältnis der Ansprüche vorliegt oder nicht, hängt nicht vom Willen des Klägers ab (so Bucerius), sondern bestimmt sich nach objektiven, d. h. aus dem Wesen der in Frage stehenden materiellen Ansprüche sich ergebenden Gesichtspunkten. Man hat zu unterscheiden:

Zunächst gilt für den Fall der mehrfachen widersprechenden Begründung eines und desselben Petitums dasselbe, was auch für die Behandlung der Elektivität gilt: da die Urteilsbitte sich nicht auf die einzelnen materiellen Ansprüche, sondern nur auf das Petitum bezieht, so ist ihr im vollen Umfang genügt, wenn das Pe-

titum aus irgendeinem der geltend gemachten Gründe, insbesondere auch nur aus dem primären zuerkannt wird; damit ist der Prozeß erledigt in dem Sinne, daß die Rechtshängigkeit sämtlicher anhängig gewesenen materiellen Ansprüche ipso jure wieder in Wegfall kommt. Hier, wo der eventuelle Anspruch also auch bei Zuerkennung des primären ohne weiteres im Sinne der prozessualen Erledigung „entschieden" ist, liegt kein Grund zur Annahme einer bedingten Rechtshängigkeit desselben vor. Etwas anders liegen die Dinge dann, wenn die verschiedenen materiellen Ansprüche gleichzeitig mehrere entscheidungsbedürftige „Ansprüche" im Sinne des § 301 enthalten, wenn sie sich also in mehreren selbständigen Petita verkörpern. Hier gibt das auf der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der Ansprüche beruhende Ausschließungsverhältnis derselben den Ausschlag. Denn da kraft dieses Ausschließungsverhältnisses der Kläger immer nur das eine oder das andere Petitum fordern kann, so ist in der Zuerkennung des primären Petitums stets implicite die Aberkennung des eventuellen enthalten. Da somit der eventuelle Anspruch, sobald der Fall, für welchen er bedeutungslos wird, nämlich die Zuerkennung des primären Anspruchs, eintritt, ipso jure mit dieser Entscheidung in dem Sinne erledigt wird, daß seine Rechtshängigkeit von selbst in Wegfall kommt, so bedarf es auch hier, wie im ersteren Fall, bezüglich des eventuellen Anspruchs weder einer selbständigen abweisenden Entscheidung, noch einer Klagezurücknahme, noch endlich eines von vorneherein nur bedingten, für den Fall der Nichtzuerkennung des primären Anspruchs erhobenen Rechtsschutzgesuchs.

Wir können nach dem vorangegangenen eine eventuelle Verbindung von Ansprüchen, die auf einer einheitlichen wirtschaftlichen Grundlage in einem gegenseitigen Ausschließungsverhältnis stehen, für unbeschränkt zulässig erklären, da vom prozessualen Standpunkt aus die Möglichkeit einer derartigen Anspruchshäufung prinzipiell anerkannt werden muß.

Die prozessuale Behandlung gestaltet sich auf dieser Grundlage folgendermaßen:

Man hat zu unterscheiden zwischen der Häufung wider-

sprechender Klagegründe bei Einheit des Petitums einerseits und der Häufung widersprechender Petita andererseits.

1. Die Häufung sich ausschließender Klagegründe bei Einheit des Petitums: Für diesen Fall gilt im Prinzip das schon bei der Elektivität Festgestellte: die Identität des Petitums bedingt in prozessualer Hinsicht die Identität des entscheidungsbedürftigen Anspruchs. Es gilt demnach für die Trennung des Verfahrens, für die Bestimmung der Eigenart des über einen einzelnen Klagegrund zu erlassenden Urteils (Zwischenurteil), für die Ermittlung des Werts des Streitgegenstands, für den Kostenpunkt und den Instanzenzug das auf S. 46 ff. Dargelegte. Als Gegensatz zur Elektivität ist jedoch hervorzuheben, daß der Richter infolge des logischen Verhältnisses der Ansprüche hier an die Einhaltung der ihm vorgeschriebenen Reihenfolge gebunden ist und die Verletzung dieser Pflicht einen Mangel des Verfahrens darstellen würde.

Abweichungen ergeben sich ferner bei der Untersuchung der materiellen Wirkungen des Prozesses, nämlich bei der Bestimmung der Rechtskraftwirkung. Diese gestaltet sich weit umfassender als bei der Elektivität. Der Grund hierfür liegt gerade in dem gegenseitigen Bedingungsverhältnis der Ansprüche, kraft dessen jede Zuerkennung des einen Anspruchs nur bei Nichtexistenz des anderen denkbar ist und somit implicite die Feststellung dieser Nichtexistenz enthält. Eine Übergehung einzelner materieller Ansprüche, wie diese bei der Elektivität vorkommen kann, ist daher hier ausgeschlossen. Die materiellen Wirkungen des über das Petitum ergehenden Urteils erstrecken sich, mag das Urteil ein abweisendes oder ein zuerkennendes sein, stets auf die sämtlichen geltend gemachten materiellen Ansprüche, so daß sie alle im Sinne des § 322 CPO. als zu- oder aberkannte Ansprüche, d. h. als durch das Urteil rechtskräftig entschieden erscheinen.

2. Weniger einfach gestaltet sich die Rechtslage im Fall der eventuellen Verbindung verschiedener widersprechender Petita. Klar ist hier zunächst nur der Fall der Zuerkennung des primären Petitums; mit dieser ist der eventuelle Anspruch nicht nur ebenfalls prozessual erledigt, sondern auch

in materieller Hinsicht rechtskräftig aberkannt im Sinne des § 322.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, sobald nicht die Zuerkennung des primären, sondern diejenige des eventuellen Petitums und die korrespondierende Aberkennung des primären oder gar die Aberkennung beider in Frage kommt.

Was zunächst den Fall betrifft, daß der primäre Anspruch für unbegründet und der eventuelle für begründet erachtet wird, so ist jedenfalls so viel sicher, daß die Zuerkennung des eventuellen Anspruchs auch hier formell und materiell die Aberkennung des primären Anspruchs enthält; das ist notwendige Folge des Ausschließungsverhältnisses der Ansprüche. Allein es fragt sich, ob der Richter, der an die durch das Bedingungsverhältnis der Ansprüche gegebene Reihenfolge gebunden ist, wenn er bei der von ihm in erster Linie vorgenommenen Prüfung des primären Anspruchs zu einem negativen Resultat kommt, dieses nicht in einer selbständigen Entscheidung ohne Rücksicht auf die zwar mögliche, im Zeitpunkt der Prüfung des primären Anspruchs aber noch unsichere Zuerkennung des eventuellen Anspruchs aussprechen muß oder doch wenigstens aussprechen kann. Und dieselbe Frage wiederholt sich noch drängender dort, wo die Prüfung der beiden Ansprüche negativ ausfällt, wo also Abweisung beider vorzunehmen ist. Diese Frage ist deshalb so bedeutungsvoll, weil bei der Zulassung selbständig anfechtbarer Entscheidungen über das einzelne Petitum (im Weg des Teilurteils) sich genau die bei der L ä m m e r t schen Theorie gerügten Mängel der Selbständigkeit des prozessualen Schicksals zusammengehöriger Ansprüche und der daraus erwachsenden Gefahr ihrer Zerreißung und widerspruchsvollen Entscheidung im Lauf des Instanzenzugs ergeben. Allein selbst wenn sich eine selbständig anfechtbare Sonderentscheidung über das einzelne Petitum vermeiden läßt, so erscheint eine Wiederholung derselben Schwierigkeiten auch im Falle eines einheitlichen, die sämtlichen Ansprüche umfassenden Urteils dann nicht ausgeschlossen, wenn in dem formell betrachtet allerdings einheitlichen Urteilstenor materiell betrachtet die Entscheidung über zwei verschiedene Petita im Sinne von zwei selb-

ständigen Ansprüchen im formalen Sinn, also zwei im Verhältnis zueinander selbständige Urteile erblickt werden; denn auch bezüglich dieser wäre gesonderte Anfechtung denkbar, was wiederum zu den Fehlern der Lämmertschen Konstruktion führen müßte.

Es liegt demnach auf der Hand, daß sowohl die Auffassung des Gesamturteils als einer aus zwei selbständigen Einzelentscheidungen zusammengesetzten Entscheidung, wie die Zulassung gesonderter Entscheidung einzelner Petita durch Teilurteil praktisch zu unbrauchbaren Ergebnissen führen würde.

Von diesem Standpunkt aus hat Bucerius a. a. O. seinen bereits erwähnten Versuch der Konstruktion eines trotz der Entscheidung über verschiedene Petita einheitlichen Urteils vorgenommen. Und es muß in der Tat anerkannt werden, daß das gegenseitige Bedingungsverhältnis der materiellen Ansprüche für den Prozeß derartig eigentümliche Verhältnisse schafft, daß mit der landläufigen Auffassung der Begriffe von Klage im Sinne der Urteilsbitte, von Urteil im Sinne der formalen Anspruchsentscheidung und von Petitum im Sinne dessen, was der Kläger beansprucht, eine befriedigende Lösung nicht erzielt werden kann. Während nämlich regelmäßig der Kläger vom Gericht ein einfaches Ja oder Nein über die von ihm in Anspruch genommene Rechtsfolge fordert, stellt er bei der gleichzeitigen Anhängigmachung sich ausschließender Rechtsfolgen das Gericht vor eine Wahl, welche nicht durch einfaches Ja oder Nein, sondern nur durch einen nach zwei Seiten gleichzeitig wirkenden, eine Entscheidung dieser Wahl enthaltenden richterlichen Ausspruch gelöst werden kann. Das Verhältnis wird von Bucerius dahin charakterisiert, daß der Richter hier ein „Entweder — oder" entscheiden oder ein „Weder — noch" feststellen muß (S. 199). Der Kläger fordert in der Klage nicht Urteil über das eine Petitum und weiteres Urteil über das andere, er fordert nur ein Urteil und dieses des Inhalts, daß von den beiden Petita nur das eine oder das andere oder gar keines zutreffe. Es verschiebt sich demnach hier die Aufgabe, welche der Kläger dem Gericht stellt, und damit die Bedeutung der vom Gericht zur Erledigung des Prozesses vorzunehmenden Akte. Dies ist eine notwendige Konsequenz aus

dem materiellen Ausschließungsverhältnis der vor Gericht gebrachten Ansprüche. Sie muß gezogen werden, wenn überhaupt die Möglichkeit aufrecht erhalten werden soll, derartige Ansprüche in demselben Prozeß zu verbinden. Das letztere ist aber ebenso eine unabweisliche praktische Notwendigkeit, wie auf der anderen Seite durch eine solche Gestaltung der Prozeßlage keinerlei Interessen verletzt werden. Es kann dem Kläger nicht zugemutet werden, deshalb, weil die Tatsachenlage bezw. die rechtliche Beurteilung derselben für ihn nicht übersehbar ist, zwei Prozesse zu führen, im Gegenteil haben sämtliche Prozeßbeteiligte, nicht zuletzt der Beklagte selbst, ein weitgehendes Interesse daran, die unklare Situation auf einmal zur Klärung durch richterlichen Ausspruch zu bringen. Man kann nicht sagen, das Gericht habe nicht die Aufgabe zu „wählen", sondern zu „entscheiden". Auch im vorliegenden Fall trifft es über jedes Petitum eine Entscheidung im Sinne der Zu- oder Aberkennung; aber es trifft diese Entscheidung in Erledigung einer einzigen, nur verschiedene Möglichkeiten umfassenden Urteilsbitte des Klägers und also durch einen einheitlichen, jedoch nach verschiedenen entgegengesetzten Seiten wirkenden Entscheidungsakt. Diese Doppelfunktion des Urteils liegt jedenfalls dann klar vor, wenn die Zuerkennung eines der Petita, einerlei welches, in Frage kommt. Dasselbe Urteil, das nach der einen Seite positiv wirkt, wirkt nach der entgegengesetzten Seite gleichzeitig formell und materiell negativ; es „enthält" nicht nur gleichzeitig ein weiteres selbständiges negatives Urteil, sondern es ist dieses negative Urteil bereits selbst. Weniger deutlich zeigt sich dies, wenn beide Petita aberkannt werden; doch liegen auch in diesem Fall nicht etwa zwei selbständige und nur äußerlich zusammengefaßte Entscheidungen vor, sondern die einheitliche Antwort auf die vom Kläger einheitlich gestellte Urteilsbitte, welche lediglich eine doppelte, und zwar in diesem Fall eine doppelte abweisende Funktion hat. Das wesentliche ist in allen Fällen, daß der Kläger eine Entscheidung unter Offenlassung verschiedener entgegengesetzter rechtlicher und tatsächlicher Möglichkeiten fordert und daß infolgedessen die Antwort des Gerichts ebenfalls eine einheitliche, die sämtlichen ihm unterbreiteten

Möglichkeiten umfassende ist, einerlei ob nur eine derselben oder alle aberkannt werden.

Wir gelangen damit zu einem neuen, nur den Fällen der Eventualität eigenen Anspruchsbegriff. Das, was der Kläger fordert und auf was sich seine Urteilsbitte bezieht, ist hier nicht wie sonst ein einziges Petitum, sondern die Wahl zwischen zwei sich entgegengesetzt bedingenden Petita; die richterliche Entscheidung dieser Wahl, einerlei in welchem Sinne, ist das Erkenntnis über das, was der Kläger beansprucht, über den formalen Urteilsgegenstand, über den „Anspruch" im Sinne des § 301.

Damit haben wir auch den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit gesonderter Vorabentscheidung einzelner Petita gewonnen. Wenn das einzelne Petitum nicht mehr für sich allein, sondern nur in seinem Verhältnis zum anderen Petitum Gegenstand des Urteils ist, so kann es im Sinne des § 301 auch nicht mehr durch Teilurteil erledigt werden. Vielmehr ist die Entscheidung durch Zwischenurteil nach § 303 die richtige Form. Das folgt aus dem begrifflichen Verhältnis des Teilurteils zum Zwischenurteil: das Teilurteil dient zur selbständigen Erledigung eines quantitativen Teils des Beanspruchten, das Zwischenurteil dagegen greift überall da ein, wo ohne daß über das Beanspruchte ganz oder teilweise entschieden wird, einzelne Vorfragen des Prozesses selbständig erledigt werden sollen. Das Urteil, das das eine von mehreren im Eventualverhältnis stehenden Petita unter Offenlassung der Entscheidung über das andere aberkennt, erledigt aber niemals einen quantitativen Teil des vom Kläger Beanspruchten; der Kläger hat ja nicht das eine und das andere Petitum gefordert, sondern das eine oder das andere; steht fest, daß jedenfalls das eine nicht zutrifft, so stellt nunmehr das zweite Petitum immer noch das vom Kläger Beanspruchte im vollen Umfang dar; mit anderen Worten: die Aberkennung des primären Petitums stellt nur die Ablehnung einer rechtlichen Qualifikationsmöglichkeit, d. h. der einen von mehreren möglichen Seiten des vom Kläger Beanspruchten dar; für sie ist daher das Zwischenurteil die einzig mögliche und richtige Form.

Dieselben Erwägungen, welche zur Annahme eines Zwischenurteils berechtigen, führen auch zu dem Ergebnis, daß eine getrennte Verhandlung über den einen von mehreren Eventualanträgen nur im Wege des § 146, nicht im Wege der Zerlegung in Sonderprozesse gemäß § 145 möglich ist.

Eigenartig gestaltet sich die Prozeßlage bei Anerkenntnis des Beklagten (das Entsprechende gilt für den Verzicht des Klägers; vgl. zu beiden Bucerius S. 218 ff.): anerkennt der Beklagte den primären Anspruch, so ergeht auf Antrag des Klägers Anerkenntnisurteil, das den Prozeß auch hinsichtlich des eventuellen Anspruchs erledigt. Komplizierter gestaltet sich dagegen die Sachlage, wenn das Anerkenntnis sich auf das eventuelle Petitum bezieht; in diesem Fall ist jedenfalls prinzipiell der Erlaß eines Anerkenntnisurteils mit der Wirkung der rechtskräftigen Zuerkennung des eventuellen und der implicite hierin liegenden rechtskräftigen Abweisung des primären Anspruchs möglich. Allein es fragt sich, ob dem Kläger damit gedient ist, da offenbar das primäre Petitum dem Kläger, wie die Eventualstellung beweist, das liebere ist, so muß er die Möglichkeit haben, trotz des Anerkenntnisses des eventuellen Anspruchs den primären noch zur Verhandlung zu bringen. Dies erscheint aber nur unter Verzicht auf den Erlaß eines Anerkenntnisurteils bezüglich des Eventualanspruchs möglich. Denn beantragt der Kläger Anerkenntnisurteil und ergeht dieses, so kann darüber kein Zweifel sein, daß dem Kläger damit die Weiterverfolgung des primären Anspruchs unmöglich gemacht ist; er kann insbesondere an dem primären Petitum auch nicht insoweit festhalten, als dasselbe ein Plus gegenüber dem anerkannten eventuellen Petitum enthält; denn das Anerkenntnis bezieht sich nicht lediglich auf den Antrag, sondern schafft Urteilsgrundlage für die Zuerkennung des durch Tatbestand und Rechtsfolge individualisierten eventuellen Anspruchs in seiner materiellen Bedeutung und damit gleichzeitig die Grundlage für die Aberkennung des ihm widersprechenden primären Anspruchs in seinem ganzen Umfang. Hat also der Kläger aus Darlehen 1000 Mark gefordert, eventuell aber die noch vorhandene Bereicherung von 800 Mark eingeklagt, und anerkennt

der Beklagte den Eventualanspruch, so anerkennt er damit nicht schlechthin, sondern gerade aus dem geltend gemachten Rechtsgrund der Bereicherung 800 Mark schuldig zu sein; das Anerkenntnis ist nicht ein Teilanerkenntnis mit bezug auf den geforderten Maximalbetrag, sondern ein Anerkenntnis eines selbständigen materiellen Anspruchs, der seinerseits den daneben geltend gemachten weitergehenden Anspruch ausschließt. Will der Kläger daher auf die Durchführung des primären Petitums nicht ohne weiteres verzichten, so muß er das Anerkenntnis des Beklagten in prozessualer Beziehung völlig ignorieren; dies jedenfalls so lange, als über den primären Anspruch noch nicht entschieden ist; ist dagegen der Prinzipalanspruch aberkannt, so steht nichts im Wege, daß der Kläger nunmehr — genau wie im Falle seines Verzichts auf denselben — zur Erzielung eines obsiegenden Urteils über den Eventualanspruch auf das Anerkenntnis des Beklagten zurückgreift. Für die Kostenfrage ist hierbei § 96 entscheidend, d. h. das Gericht hat die Möglichkeit, trotz des Obsieges des Klägers mit dem Eventualanspruch ihm die gesamten Kosten als durch die erfolglose Geltendmachung des Angriffsmittels des Prinzipalantrags verursacht aufzuerlegen, da durch die Entscheidung über den Eventualantrag regelmäßig besondere Kosten nicht erwachsen werden.

Schwierigkeiten bereitet die Doppelfunktion des Urteils in der Berufung. Legt nämlich der Kläger, der mit dem Prinzipalantrag abgewiesen, jedoch mit dem Eventualantrag durchgedrungen ist, zur weiteren Verfolgung des Prinzipalantrags Berufung ein, so fragt es sich, ob der Berufungsrichter, welcher nunmehr den Prinzipalantrag zuerkennt, (wie Eccius a. a. O. meint) das dem Eventualantrag stattgebende Urteil erster Instanz daneben bestehen lassen müßte, wenn der Beklagte nicht seinerseits ebenfalls Berufung eingelegt hat. Zu dieser unmöglichen Situation würde allerdings die Auffassung des Urteils als einer Summe zweier selbständiger Einzelentscheidungen führen. Geht man dagegen davon aus, daß schon in erster Instanz die Urteilsbitte sich auf die Wahl zwischen zwei Petita bezogen und das Urteil erster Instanz ein einheitliches, diese Wahl entscheidendes, mit Doppelfunktion aus-

gestattetes Urteil ist, so läßt sich auch die weitere Konsequenz nicht von der Hand weisen, daß nämlich jede Anfechtung des Urteils, einerlei von wem sie ausgeht, prinzipiell den Gesamtinhalt des Urteils, also sowohl seine positive wie seine negative Funktion auch ohne besondere Berufungseinlegung des anderen Teils in die Berufungsinstanz bringt. Der Berufungsantrag des Klägers hat daher in dem vorliegenden Beispiel, wie Bucerius S. 203 ausführt, die Bedeutung, daß der Kläger das Urteil nach dem Eventualantrag durch ein solches nach dem Prinzipalantrag ersetzt wissen will. Dieselben Erwägungen führen zu der Annahme, daß der Berufungsrichter, wenn der — sei es nach dem primären oder dem eventuellen Antrag verurteilte — Beklagte Berufung einlegt, sobald er seinerseits zu einer Abweisung des in erster Instanz zuerkannten Anspruchs gelangt, nunmehr prinzipiell in der Lage ist, den zweiten Antrag zu prüfen und eventuell zuzuerkennen, ohne daß eine Anschlußberufung des Klägers erforderlich wäre. Eine andere Frage ist aber die, ob das Berufungsgericht in der Lage ist, von dieser ihm unterbreiteten Grundlage in vollem Umfang Gebrauch zu machen und nunmehr den Beklagten nach einem Klageantrag zu verurteilen, gegen den er sich in erster Instanz erfolgreich gewehrt hat. Das ist gemäß § 536 CPO. zu verneinen, wenn der Kläger nicht seinerseits im Wege der Anschlußberufung die Möglichkeit einer Berücksichtigung des zweiten Antrags schafft. Im letzteren Fall ist jedoch zu beachten, daß eine Verurteilung nach dem in erster Instanz abgewiesenen Antrag für den Kläger ja erst dann Interesse gewinnt, wenn die Berufung des Beklagten erfolgreich ist. Wird diese aber zurückgewiesen, so hat der Kläger keinen Grund, seine nunmehr völlig aussichtslos gewordene Berufung selbständig weiterzuführen. Mit Rücksicht hierauf erhebt sich die Frage, ob dem Kläger nicht eine nur eventuelle Anschlußberufung, d. h. eine für den Fall der Nichtzurückweisung der beklagtischen Berufung eingelegte Anschlußberufung zu gestatten sei; die herrschende Meinung[1] bejaht dies aus zutreffenden Gründen, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

[1] Gaupp-Stein, Bem. I 4 zu § 521 und das dort zitierte RG.; Petersen Z. 16 S. 526 f.

Bei der Streitwertberechnung findet trotz § 5 keine Zusammenrechnung statt, da die Ansprüche wirtschaftlich dasselbe Ziel verfolgen und daher nur einen einzigen wirtschaftlichen Erfolg aufzuweisen haben (Gaupp-Stein, § 3 I 4). Maßgebend ist der höherwertige Anspruch (vgl. statt vieler übereinstimmender Entscheidungen RG. 58, S. 295). Dringt der Kläger mit dem höherwertigen Anspruch durch, so hat der Beklagte gemäß § 91 alle Kosten zu tragen; siegt der Kläger nur mit dem geringer bewerteten Antrag, so können gemäß § 96 die besonderen Mehrkosten, die durch die erfolglose Verfolgung des höherwertigen Antrags entstanden sind, insbesondere die Kosten, die aus der Zugrundelegung des höheren Streitwerts erwachsen, dem Kläger auferlegt werden; so RG. in Jur. Wochenschr. 1902, S. 359.

Hervorzuheben wäre endlich noch, daß bei teilweise zu- und teilweise aberkennendem Urteil eine ausdrückliche Abweisung des aberkannten Anspruchs im Urteilstenor nicht erforderlich ist, und zwar auch dann nicht, wenn der abgewiesene Anspruch der prinzipale ist. In der Praxis herrscht allerdings die Gewohnheit, in diesem Fall das Urteil dahin zu formulieren: der Beklagte wird unter Abweisung des Prinzipalantrags nach dem Eventualantrag verurteilt, während umgekehrt die Abweisung des Eventualantrags selten ausdrücklich hervorgehoben wird; im letzteren Fall beschränkt man sich meist auf die juristisch allerdings unrichtige Bemerkung in den Gründen, daß sich bei Zuerkennung des Prinzipalanspruchs eine Entscheidung über den Eventualanspruch „erübrige"; richtiger wäre eine Formulierung dahin, daß mit der nach den Gründen des näheren gerechtfertigten Zuerkennung des Prinzipalanspruchs der Eventualanspruch „von selbst aberkannt" oder wenigstens „erledigt" sei.

Einer ausführlicheren Erörterung bedarf endlich noch die sowohl für die Fälle der Einheit wie der Mehrheit der Petita gleich bedeutsame Frage, welche Bedeutung dem Eventualverhältnis zukommt, wenn der primäre, nicht aber auch der eventuelle Anspruch nicht aus sachlichen, sondern aus prozessualen Gründen, wie z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen werden muß. Es sind zwei Möglichkeiten denkbar:

entweder man anerkennt für das Gericht in diesem Fall das Recht und die Pflicht, nach prozessualer Abweisung des Prinzipalanspruchs ohne weiteres wenigstens über den Eventualanspruch sachlich zu erkennen;

oder man bestreitet dem Gericht auch die Möglichkeit einer sachlichen Entscheidung des Eventualanspruchs und fordert Abweisung der ganzen Klage.

Ob man der einen oder anderen Ansicht beitritt, hängt davon ab, welche Bedeutung man der Eventualstellung der Ansprüche beilegt. Wie schon des öfteren hervorgehoben, bedingt die Eventualstellung regelmäßig eine Bindung des Richters nach der Richtung, daß nach dem Willen des Klägers der eventuelle Anspruch für die richterliche Kognition erst dann Bedeutung gewinnt, wenn der primäre sich als sachlich unbegründet herausgestellt hat. Der Kläger will also unter allen Umständen erst die sachliche Prüfung des Prinzipalanspruchs abwarten, ehe er sich mit dem eventuellen zufrieden gibt. Eine sachliche Prüfung des Prinzipalanspruchs liegt aber in den Fällen seiner prozessualen Abweisung gar nicht vor. Es würde zweifellos einen Eingriff in die Interessen des Klägers bedeuten, wollte man dem Gericht ohne weiteres das Recht einräumen, unter Umgehung einer Sachentscheidung über den primären Anspruch sofort den Eventualanspruch sachlich zu entscheiden; hierdurch würde die vom Kläger dem Gericht zwingend vorgeschriebene Beobachtung einer bestimmten Reihenfolge der Ansprüche verletzt und damit überhaupt der ganze Inhalt des Entscheidungsaktes mit demjenigen der ursprünglichen Urteilsbitte in Widerspruch gesetzt; denn die ursprüngliche Urteilsbitte hatte die Entscheidung einer Wahl vom Richter erbeten, das Urteil würde nur über einen einzigen Anspruch erkennen. Das Reichsgericht ist aus diesen Erwägungen daher mit Recht zu dem Resultat gelangt, daß der Richter nach Abweisung des Prinzipalanspruchs aus prozessualen Gründen nicht die Möglichkeit habe, über den Eventualanspruch allein zu erkennen und verlangt daher prozessuale Abweisung der ganzen Klage (so RG. in Jur. Wochenschr. 1903, S. 372, Seufferts Archiv 59, No. 13, Gruchot 40, S. 1179).

Die zweite der oben erwähnten Möglichkeiten, nämlich die Zulässigkeit der sofortigen Entscheidung des Eventualantrags nimmt das RG. als Ausnahme dagegen dann an, wenn — was im Wege der Auslegung, eventuell im Wege des Fragerechts zu ermitteln ist — der Kläger den Eventualanspruch nicht nur für den Fall der materiellen Unbegründetheit des Prinzipalanspruchs, sondern auch für den Fall der Unmöglichkeit seiner prozessualen Verhandlung entschieden haben will, wenn er also „auf eine materiellrechtliche Entscheidung des primären Anspruchs zugunsten des Eventualanspruchs verzichtet" (Jur. Wochenschr. 1903, S. 372). Auch diese Ausnahme wird anzuerkennen sein. Dabei ist jedoch auf folgendes hinzuweisen: an sich kann in diesem Fall weder der Verzicht des Klägers auf materielle Entscheidung des Prinzipalanspruchs durch das angegangene Gericht, noch die etwaige Zuerkennung des Eventualanspruchs die Wirkung rechtskräftiger negativer Erledigung des Prinzipalanspruchs haben; der Verzicht, so wie er hier aufgefaßt ist, hat überhaupt keine materielle Wirkung, er ist nicht als Verzicht auf den Anspruch als solchen, sondern nur als Verzicht auf seine Geltendmachung im anhängigen Prozeß, oder besser gesagt als Verzicht auf prozessuale Einhaltung der durch das Abhängigkeitsverhältnis der Ansprüche gegebenen Reihenfolge anzusehen; die Rechtskraft der bejahenden Entscheidung des Eventualanspruchs aber kann deshalb nicht auf den Prinzipalanspruch ausgedehnt werden, weil diese Ausdehnung der Rechtskraft nach § 322 doch immerhin voraussetzt, daß die Entscheidung, welcher Doppelfunktion zukommen soll, auf Grund einer Prüfung des den sämtlichen erhobenen Ansprüchen zugrunde liegenden Gesamttatsachenmaterials erfolgt ist, welche hier bezüglich des primären Tatbestands gerade fehlt. Die Folge hiervon wäre, daß die Möglichkeit besteht, die verschiedenen entgegengesetzten Ansprüche in getrennten Prozessen vor verschiedenen Gerichten und damit mit der Gefahr der widersprechenden Entscheidungsmöglichkeit zur Verhandlung zu bringen; dieses Resultat muß vermieden werden können. Der Fehler liegt in der unzureichenden Auffassung des vom Kläger ausgesprochenen Verzichts; man wird demselben nicht gerecht, wenn man in ihm lediglich einen Verzicht

auf Einhaltung der Anspruchsreihenfolge erblickt. Der Kläger, der für den Fall, daß der Verfolgung des primären Anspruchs prozessuale Hindernisse entgegenstehen, sofort sich mit der Entscheidung des eventuellen Anspruchs begnügt, verzichtet damit auf den primären Anspruch überhaupt; der Verzicht hat materiellrechtliche Bedeutung. Zur Grundlage eines Verzichturteils kann er allerdings nicht gemacht werden, da es an den prozessualen Voraussetzungen eines Sachurteils fehlt; das hindert aber nicht, daß der Verzicht einer erneuten Geltendmachung des Anspruchs als materiell-rechtliche Einwendung entgegengestellt wird, wodurch die Gefahr widersprechender Entscheidungen beseitigt wird.

Im übrigen soll noch darauf hingewiesen werden, daß in einer großen Anzahl von Fällen die Eventualverbindung widersprechender Ansprüche überhaupt überflüssig wird, wenn auf sie die Bestimmungen über die Klageänderung sinngemäße und nicht zu enge Anwendung finden. Ich meine hier die Fälle, in welchen die widersprechenden Ansprüche entweder demselben Rechtsverhältnis entspringen oder zwar verschiedenen Rechtsverhältnissen dienen, jedoch in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß der eventuelle Anspruch auf der Negierung des prinzipalen Tatbestands durch den Beklagten aufgebaut ist. Im ersteren Fall ist die Möglichkeit nachträglicher Einführung des eventuellen Anspruchs schon durch § 268 Ziff. 3 CPO. anerkannt, wobei nur im Anschluß an RGE. 26, S. 387 und 39, S. 428 davon auszugehen ist, daß den Voraussetzungen dieser Bestimmung auch dann genügt ist, wenn die besonderen Tatumstände des Eventualanspruchs zwar schon bei der Klageerhebung objektiv vorlagen, aber doch erst nach Klagerhebung dem Kläger bekannt geworden sind. Im zweiten Fall eignet sich der Kläger durch die Klageänderung lediglich den eigenen Standpunkt des Beklagten an, so daß hier von einer Erschwerung der Verteidigung des Beklagten regelmäßig nicht die Rede sein kann. Die Zulassung einer derartigen Änderung ist aus der Interessenlage mindestens ebenso gerechtfertigt, wie die Zulassung des in § 268 Ziff. 3 bezeichneten Wechsels, der im Grunde genommen auch eine regelrechte Anspruchsvertauschung im Sinne einer Klageänderung enthält.

§ 10.

Die Ersatzklagen.

Es handelt sich bei ihnen um folgende Konstellation: Zwischen dem Kläger und dem Beklagten besteht ein bestimmtes Rechtsverhältnis, zu dessen Befriedigung dem Kläger zunächst nur ein einziger primärer Anspruch zusteht. Falls jedoch der Kläger auf dem Wege dieses Anspruchs sein Ziel nicht erreichen sollte, weil der Beklagte diesen Anspruch nicht befriedigen kann oder will, stellt das materielle Recht dem Kläger einen Hilfs- oder Ersatzanspruch zur Verfügung, dessen Ziel ebenfalls die Lösung desselben Rechtsverhältnisses ist. Es handelt sich also auch hier um verschiedene materielle Ansprüche, deren Konkurrenzverhältnis jedoch dadurch bestimmt ist, daß sie einem und demselben Rechtsverhältnis entspringen, einem und demselben Rechtsverhältnis dienen, eines und dasselbe Rechtsverhältnis zur Lösung bringen. Hieraus ergeben sich besondere, die Eigenart dieses Konkurrenzverhältnisses bestimmende innere Beziehungen der Ansprüche zueinander: während bei der eigentlichen Alternativität die ebenfalls demselben Rechtsverhältnis dienenden Ansprüche von Anfang an gleichberechtigt nebeneinander stehen, so daß der Kläger von Anfang an den einen so gut wie den andern verfolgen kann, liegen die Dinge in unserem Fall so, daß der zweite Anspruch dem Kläger nicht wahlweise neben dem ersten zur Verfügung steht, sondern daß erst aushilfsweise, d. h. unter der Bedingung, daß der erste Anspruch nicht zum Ziele führt, der zweite Anspruch in Wirksamkeit tritt. Die Erfolglosigkeit des ersten Anspruchs ist eine der Existenzbedingungen des zweiten Anspruchs. Der erste Anspruch ist ein gegenwärtiger, der zweite ein bedingter. Hierin liegt zugleich der grundlegende Unterschied von den Fällen der eigentlichen Eventualität. Bei der Eventualität ist Existenzbedingung des zweiten Anspruchs die Nichtexistenz des Prinzipalanspruchs. In unserem Fall dagegen ist es nicht die Nichtexistenz, sondern die Erfolglosigkeit des an sich bestehenden ersten Anspruchs. Der zweite Anspruch setzt sogar geradezu die wenigstens ursprüngliche Existenz des ersten voraus; denn nur wenn dieser wirklich existiert

hat, ist das Eintreten eines Ersatzes möglich. Damit haben wir das ausschlaggebende Merkmal unseres Anspruchsverhältnisses berührt. Die beiden Ansprüche stehen derart im Zusammenhang, daß der zweite an die Stelle des ersten tritt; der primäre Anspruch verwandelt sich gewissermaßen in den Ersatzanspruch, er geht in diesen über, wie umgekehrt der letztere aus dem ersteren herauswächst (vgl. Hellwig, Lehrbuch III, S. 263/64). Daraus folgt, daß allerdings beide Ansprüche nicht nebeneinander bestehen können, da mit der Entstehung des zweiten der erste in Wegfall kommt. Im Gegensatz zur Eventualität aber hat hier der primäre Anspruch zur Zeit der Klageerhebung tatsächlich bestanden und dauert gewissermaßen in der Verwandlung noch fort, während dort der eventuelle Anspruch, wenn er überhaupt besteht, schon im Zeitpunkt der Klageerhebung bestanden hat. Die Grundlage dieses Verhältnisses ist die Einheitlichkeit des Grundrechtsverhältnisses, dem die Ansprüche dienen, d. h. die Tatsache, daß die Ansprüche beide dasselbe Klagefundament haben, lediglich mit der Abweichung, daß zum Eintritt der vollen Wirksamkeit des Ersatzanspruches die positiv feststehende Erfolglosigkeit bezw. der Wegfall des primären Anspruchs als Tatbestandsmerkmal hinzutreten muß.

Die Fälle, die hierher zu rechnen sind, lassen sich in drei Gruppen zerlegen:

1. Bei der ersten Gruppe entsteht der Ersatzanspruch dann, wenn die Erfolglosigkeit des primären Anspruchs nach der Richtung hin feststeht, daß dieser nicht erfüllt werden kann, daß seine Erfüllung objektiv oder subjektiv unmöglich geworden ist.

2. Bei der zweiten Gruppe stützt sich der Ersatzanspruch darauf daß der primäre Anspruch ganz ohne Rücksicht auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit seiner Durchführung vom Beklagten nicht erfüllt werden will. Die Erfolglosigkeit des primären Anspruchs ist hier also nicht eine absolute, sondern eine lediglich im ablehnenden Willen des Beklagten liegende relative. Aber auch hier muß der ablehnende Wille des Beklagten feststehen; wo er daher nicht ausdrücklich erklärt worden ist, ist erforderlich, daß der Kläger dem Beklagten eine Frist zur Leistung bestimmt, nach deren

erfolglosem Ablauf der ablehnende Wille des Beklagten angenommen, die relative Erfolglosigkeit des primären Anspruchs also fingiert wird.

In beiden Fällen (Ziff. 1 und 2) ergeben sich weitere Unterscheidungen, je nachdem das materielle Recht für die Entstehung des Ersatzanspruchs noch die weitere Bedingung des Verschuldens des Beklagten aufstellt oder nicht (vgl. z. B. einerseits BGB. § 283, 325, 326, andererseits § 818 Abs. 2).

Besonders zu erwähnen ist ein durch die §§ 325 und 326 gegebener besonderer Fall: bei Nichterfüllung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist nämlich unter Umständen dem Kläger das Recht gegeben, statt der Interesseforderung (welche unmittelbar der Erfüllung des Rechtsverhältnisses dient) vom Vertrag zurückzutreten und die sich aus dem Rücktritt ergebenden Ansprüche geltend zu machen. Es konkurriert in diesem Fall mit dem primären Leistungsanspruch ein sogen. Recht des rechtlichen Könnens; erst aus dessen Ausübung ergibt sich wieder ein Anspruch im eigentlichen Sinn. Der Ersatzanspruch hat also seine eigene, besondere Grundlage im erfolgten Rücktritt, er ist nicht schon im ursprünglichen Rechtsverhältnis begründet, sondern erwächst aus dessen Aufhebung. Man kann daher nicht sagen, daß er der „Erfüllung" desselben Rechtsverhältnisses diene, wie der primäre Anspruch. Dagegen dient er in einem weiteren Sinn dessen „Erledigung". Er soll die aus der Nichterfüllung sich ergebenden Nachteile des Gläubigers beseitigen, er stellt also eine indirekte Form der Geltendmachung des Interesses des Gläubigers an der Erfüllung dar und ist somit, wenn auch kein direktes, so doch ein indirektes Surrogat des Erfüllungsanspruches selbst [1].

3. Endlich ergeben sich als dritte Gruppe diejenigen Fälle, in welchen es sich um eine sogen. facultas alternativa des Gläubigers handelt. Sie liegt dann vor, wenn der Kläger nach dem zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnis, sei es kraft Gesetzes, sei es kraft Vertrags, berechtigt ist, an Stelle der ursprünglichen Vertragsleistung eine andere zu fordern, also seinen ursprünglichen Anspruch durch einen anderen zu ersetzen, ohne an eine weitere

[1] Vgl. RG. in Gruchot Bd. 48, S. 1108 ff.

Voraussetzung gebunden zu sein, als eben an seine Wahl. Von der Alternativobligation unterscheidet sich dieser Fall dadurch, daß der zweite Leistungsgegenstand ursprünglich nicht in obligatione ist, von den Fällen Ziff. 1 und 2 aber dadurch, daß hier die einzige Voraussetzung für die unbedingte Entstehung des Ersatzanspruchs allein die Vornahme der Wahl, die Ausübung der Ersetzungsbefugnis ist. Von der facultas alternativa des Schuldners endlich unterscheidet sich unser Fall sehr weitgehend dadurch, daß bei letzterer ein Anspruch auf die Ersatzleistung, selbst als bedingter, nicht besteht; auf die Ersatzleistung kann hier nie geklagt werden, auch dann nicht, wenn der Schuldner sie gewählt hat, denn die Wahl bewirkt immer nur eine Ermächtigung zur Leistung an Erfüllungsstatt, bei der facultas alternativa des Gläubigers dagegen entspricht der Forderungsbefugnis des Gläubigers eine bedingte Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an Erfüllungsstatt[1].

Handelt es sich nun um eine wahre facultas alternativa des Gläubigers, so hat dieser vom Augenblicke an, in dem er das Wahlrecht besitzt, einen bedingten Anspruch auf die Ersatzleistung in dem Sinne, daß der Ersatzanspruch den primären Anspruch ablöst, sobald der Kläger die Wahl vorgenommen hat[2].

Über die prozessuale Geltendmachung dieser Ersatzansprüche enthält die Zivilprozeßordnung nur drei ausdrückliche Vorschriften allgemeiner Natur:

Nach § 893 soll das Recht des Gläubigers einer nicht auf Geld gerichteten Leistung, unter Verzicht auf die Zwangsvollstreckung der primären Leistung, bezw. nach deren Erfolglosigkeit das Interesse zu verlangen, nicht durch die für die Zwangsvollstreckung des primären Anspruchs geltenden Bestimmungen berührt werden;

§ 268 Ziff. 3 räumt dem Kläger das Recht ein, seine ursprüngliche Leistungsklage in die Interessenklage zu verwandeln, wenn die Entstehungsvoraussetzungen des Interesseanspruchs erst nach

[1] Vgl. Regelsberger in Jher. Jahrb. Bd. 16, S. 163, 167, Hellwig, Anspr. S. 102, Note 3.

[2] Hellwig, Lehrbuch I S. 236.

Klageerhebung eingetreten oder doch wenigstens nach diesem Zeitpunkt dem Kläger bekannt geworden sind;

§ 255 Abs. 1 endlich bestimmt, daß bei den oben unter Ziff. 2 erwähnten Fällen die Bestimmung der Frist auf Antrag des Klägers schon im Urteil über den primären Anspruch erfolgen kann, ohne daß jedoch hierdurch nach Ablauf der Frist ein weiterer selbständiger Prozeß über den Ersatzanspruch überflüssig werden würde.

Dagegen schweigt die Zivilprozeßordnung über die prinzipielle Zulässigkeit und Behandlung gleichzeitiger Geltendmachung des primären und des Ersatzanspruches. Eine solche ist in der Praxis außerordentlich häufig. Eine nähere Betrachtung zeigt, daß es sich dabei um verschiedene Arten prozessualer Geltendmachung handeln kann.

Erhebt der Kläger nämlich Klage auf den primären Anspruch, „eventuell" auf den Ersatzanspruch, so kann eine solche Klage eine doppelte Bedeutung haben:

I. Der Kläger kann damit zum Ausdruck bringen wollen, daß er zurzeit selbst nicht wisse, welcher der beiden ihm subsidiär zur Verfügung stehenden Wege augenblicklich der gangbare sei. Seine Klage kann daher den Sinn haben, daß er bitte, ihm den Ersatzanspruch schon jetzt als gegenwärtigen zuzusprechen, falls sich der primäre Anspruch bereits als weggefallen herausstellen sollte. Diese Kombination ist allerdings nur denkbar bei Ersatzansprüchen, die auf die absolute Unmöglichkeit des primären Anspruchs abgestellt sind. Das wesentliche dabei ist, daß die Wahlbefugnis auf die Gegenwart abgestellt ist, daß der Kläger den einen o d e r den anderen Anspruch als gegenwärtig bestehenden, nicht den einen u n d den anderen, den zweiten aber als zukünftigen geltend macht. Da das Ersatzverhältnis, in welchem die Ansprüche stehen, die Unmöglichkeit gleichzeitiger Nebeneinanderexistenz der Ansprüche zur Folge hat, so ist dieser Fall identisch mit dem oben S. 80/81 des näheren behandelten, eine Mehrheit von Ansprüchen, welche demselben Rechtsverhältnis angehören, umfassenden Falle der eigentlichen Eventualität. Die Lösung ist daher dieselbe wie dort. Es kann aber mit Rücksicht auf § 268

Ziff. 3 — wie ebenfalls schon S. 98 angedeutet wurde — eine Auslegung dahin eintreten, daß es sich um eine völlig unbedingt angestellte Klage nur bezüglich des primären Anspruchs handelt in Verbindung mit einer in Aussicht gestellten Antragsänderung gemäß § 268 Ziff. 3 für den Fall, daß deren Voraussetzungen sich erst im Prozeß herausstellen sollten. Selbstverständlich wird der Kläger die Änderung nur vornehmen, wenn der Wegfall des primären Anspruchs und seine Ersetzung durch den zweiten Anspruch feststeht. Die Beweislast für den Wegfall des primären Anspruchs trifft den in der Verteidigungsstellung befindlichen Beklagten. Mißlingt diesem der Beweis des Wegfalls des primären Anspruchs, so hat der Klageantrag den sofort unter Ziff. II darzulegenden Sinn.

II. Die den Haupt- und Ersatzanspruch ins Eventualverhältnis stellende Klage kann ferner auch die folgende Bedeutung haben: Der Kläger geht davon aus, daß zur Zeit der Klageerhebung die Umwandlung des primären in den Ersatzanspruch noch nicht eingetreten ist; er rechnet aber damit, daß die Umwandlungen im Laufe des Prozesses oder aber, und das ist der Hauptfall, nach Abschluß des Prozeßstadiums eintreten werde. Während er die im Laufe des Prozesses eintretende Umwandlung noch im Wege der Antragsänderung berücksichtigen kann, wäre er bezüglich der Geltendmachung einer nach Abschluß des Prozesses eintretenden Umwandlung auf einen neuen Prozeß über den Ersatzanspruch angewiesen. Um den doppelten Prozeß zu vermeiden, nimmt der Kläger sofort auch seinen erst bedingt vorhandenen Ersatzanspruch in den ersten Prozeß auf: er klagt mit dem Antrag, ihm sowohl den primären unbedingten, als auch den bedingten Ersatzanspruch zuzusprechen. Er verbindet mit der unbedingten Klage auf eine gegenwärtige Leistung die gleichfalls unbedingte Klage aus einem bedingten Anspruch, die sich damit als Klage auf zukünftige Leistung darstellt. Die Eigenart derartiger Klagen liegt also weder in einer bedingten Klageerhebung, noch in einer bedingten Verurteilung, sondern in einer bedingten Vollstreckungsmöglichkeit, insofern aus dem Ersatzanspruch Vollstreckung nur betrieben werden kann, nachdem er aus einem zukünftigen ein gegenwärtiger geworden ist. Der Kläger formuliert seine Klage

also folgendermaßen: Beklagter habe die primäre Leistung zu bewirken, eventuell aber, d. h. für den Fall, daß diese sich in die Ersatzleistung umwandeln werde, die letztere zu leisten. Ist die Voraussetzung für die Umwandlung lediglich die Wahl des Klägers, so kommt ein solcher Antrag äußerlich dem Antrag aus einer Alternativobligation ziemlich gleich, dennoch besteht eine grundlegende Verschiedenheit: bei der Alternativobligation sind beide Leistungsgegenstände in obligatione, beide werden als gegenwärtig geschuldete zum Gegenstand der Klage gemacht, die Verurteilung erfolgt alternativ, eine Vollstreckung ist daher auch nur nach Vornahme der Wahl möglich; infolgedessen geht, falls der Kläger die ihm zustehende Wahl nicht rechtzeitig vornimmt, diese auf den Schuldner über, da ohne Wahlvornahme eine Lösung des Schuldverhältnisses nicht möglich ist. In unserem Fall dagegen liegt nur e i n Obligationsgegenstand vor, der zweite kann zwar an Stelle des ersten treten, entfaltet aber gerade erst mit diesem seinem Eintritt seine volle Wirksamkeit: vorher besteht nur eine einfache Leistungspflicht des Beklagten, es wird nicht alternativ, sondern einfach verurteilt, eine Wahl ist zur Lösung des Schuldverhältnisses nicht erforderlich, infolgedessen kann auch davon keine Rede sein, daß der Schuldner befugt wäre, die Wahl vorzunehmen und daher die Umwandlung herbeizuführen, wenn dies nicht seitens des Gläubigers geschieht. Der Wahl kommt in beiden Fällen eine völlig verschiedene Bedeutung zu; dort — bei der Alternativobligation — dient sie der Konkretisierung eines vorher unbestimmten Rechtsverhältnisses, hier — bei der facultas alternativa des Gläubigers — dient sie der Umwandlung eines an sich bestimmten Anspruchs in einen anderen.

Hier ist übrigens zu bemerken, daß die Streitfrage, ob der Ersatzanspruch in Wahrheit ein bereits bedingt bestehender oder ein rein zukünftiger ist, nach der Stellungnahme des Reichsgerichts für unseren Fall ihre Bedeutung verliert (vgl. RGE. 58, S. 139). In den meisten Fällen sind ja tatsächlich schon im primären Anspruch Existenzmomente des Ersatzanspruchs gegeben, so daß der Ersatzanspruch ein im eigentlichen Sinn bereits bedingt bestehender ist; wo dies zweifelhaft sein kann, wie z. B. in den Fällen, wo sich der

Ersatzanspruch erst aus der nachträglichen Aufhebung des Grundrechtsverhältnisses ergibt, liegt doch wenigstens stets ein zukünftiger Anspruch im Sinne des § 259 vor, so daß wir ohne Anstand in sämtlichen in Frage stehenden Fällen von einer Häufung eines gegenwärtigen und eines zukünftigen Anspruchs reden können.

Einer derartigen Häufung stehen im Prinzip Bedenken nicht entgegen (vgl. Hellwig, Anspruch, S. 112). Allein es erscheint fraglich, ob sie zu dem gewünschten Ziele führt. Es ergeben sich nämlich Zweifel verschiedener Art.

Fraglich ist zunächst schon, ob für eine Klage auf zukünftige Leistung die gesetzlich geforderten Rechtsschutzvoraussetzungen, wie sie § 259 aufstellt, in unseren Fällen gegeben sind. Von Siegel in Jur. Wochenschr. 1910, No. 2 und von Bracklo, Heidelberger Dissertation 1909, S. 19/20 wird dies bezüglich der Fälle des § 283 BGB. bezw. bezüglich der eigentlichen facultas alternativa des Gläubigers bestritten. Der Ausgangspunkt des letzteren kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Richtig ist allerdings, daß aus einem gegenwärtigen Anspruch, wenn überhaupt auf Leistung geklagt werden will, nicht auf zukünftige, sondern nur auf gegenwärtige Leistung geklagt werden kann. Allein der Umstand, daß bei der facultas alternativa des Gläubigers die Erfüllung der dem sekundären Anspruch beigefügten Bedingung ausschließlich in die Macht und in den Willen des Klägers gestellt ist, macht den Anspruch nicht zu einem unbedingten: der Kläger hat sogar in den meisten Fällen ein sehr berechtigtes Interesse daran, die facultas nur als eine zukünftige einzuklagen, denn die Ersatzleistung bleibt doch regelmäßig eine hinter der Primärleistung zurückbleibende Aushilfsleistung, auf welche der Kläger nur im Notfalle zurückgreifen wird; man kann ihm daher das Recht, die Ausübung der Ersetzungsbefugnis bis nach Erlaß des Urteils aufzuschieben, nicht verwehren.

Dagegen scheint der von Siegel hinsichtlich des § 283 BGB. aufgestellte Gesichtspunkt auch für alle anderen Fälle der Ersatzansprüche, insbesondere auch für die facultas alternativa von Bedeutung zu sein. Siegel bestreitet, daß regelmäßig die Voraussetzung der in § 259 näher bezeichneten „Besorgnis“ vorliege.

Damit dürfte er recht haben In der Literatur wird dieses Erfordernis meist mit kurzen Worten nur daraus gerechtfertigt, daß der Beklagte es zur Verurteilung aus dem prinzipalen Anspruch kommen lasse[1]. Richtiger Ansicht nach kann das nicht ausreichen. § 259 fordert, daß der Schuldner sich voraussichtlich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, das ist die Besorgnis, daß der Schuldner in dem Augenblick, in welchem die Voraussetzungen für das unbedingte Entstehen des Ersatzanspruches eintreten, diesem Anspruch, trotzdem er es könnte, nicht genügen wolle, und damit den Kläger zu einem neuen Zwangsvorgehen gegen ihn nötigen werde. Diese Besorgnis aber muß selbstverständlich mit Bezug auf den Ersatzanspruch gegeben sein; daß dies tatsächlich der Fall sei, kann aber noch nicht ohne weiteres daraus geschlossen werden, daß der Schuldner es zur Verurteilung aus dem Prinzipalanspruch kommen läßt; in der Mehrzahl der Fälle wird das Bestreiten eines anständigen Schuldners den Sinn haben, daß er lediglich die Existenz des grundlegenden Rechtsverhältnisses in Zweifel zieht, daß er aber, wenn dieses durch Zuerkennung des Prinzipalanspruchs einmal rechtskräftig festgestellt ist, die Möglichkeit verschiedener Wege zur Befriedigung dieses Rechtsverhältnisses nicht bestreiten will. Zur Anwendung des § 259 müssen daher besondere Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß der Schuldner gerade dem Ersatzanspruch entgegentritt. Der dem Kläger obliegende Nachweis dieser Voraussetzung dürfte aber nicht immer leicht sein. Immerhin rechtfertigt sich eine weitherzige Anwendung des § 259 mit Rücksicht auf das zweifellose Bedürfnis der Praxis und das ebenso zweifellose berechtigte Interesse des Gläubigers.

Seit der Einführung des § 510 b CPO. durch die Novelle könnte sich die Frage erheben, ob durch diese Bestimmung nicht mit allgemeiner Wirksamkeit die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Verbindungen ohne Rücksicht auf den Nachweis des Interesses an Verurteilung zu künftiger Leistung in bejahendem Sinne eine Entscheidung erfahren hat. Diese Spezialvorschrift ermöglicht

[1] So Hellwig, Lehrbuch I S. 377 Anm. 71 und Marquardt in Jurist. Wochenschrift 1909, S. 38.

aber ausdrücklich nur für einen sehr engen Kreis von Fällen, den eventuellen Ersatzanspruch ohne Nachweis eines besonderen Interesses an der Verurteilung mit dem Prinzipalanspruch in einer Klage zu verbinden, nämlich nur im amtsgerichtlichen Verfahren, und auch hier nur in denjenigen Fällen, in welchen die primäre Verpflichtung auf die Vornahme einer Handlung geht; er gewährt außerdem nicht ein unbedingtes Recht auf Sachurteil über den Ersatzanspruch, sondern stellt den Erlaß desselben ins Ermessen des Gerichts („kann") und gibt auch diese eingeschränkte Möglichkeit auf Erlangung eines Urteils über den Ersatzanspruch dem Kläger nur gegen ausdrücklichen Verzicht auf jede Zwangsvollstreckung des primären Anspruchs (§ 888 a CPO.). Diese Einschränkungen machen es unmöglich, aus der Regelung des § 510 b ausdehnende Schlüsse zu ziehen. Man ist daher in allen von § 510 b nicht betroffenen Fällen, sowie auch in den Fällen des § 510 b dann, wenn der Kläger sich die Zwangsvollstreckung des primären Anspruchs wahren und insbesondere das Gericht zum Sachurteil über den Ersatzanspruch z w i n g e n will, auf eine Klage unter dem Gesichtspunkt des § 259 angewiesen.

Soweit nun einer Verurteilung zu zukünftiger Leistung stattgegeben werden kann, ergeben sich neue, ebenfalls von S i e g e l a. a. O. berührte Zweifel auf Grund folgender Erwägung: Wo der Ersatzanspruch wegen positiver oder fingierter Unmöglichkeit der Prinzipalleistung gegeben ist, hängt seine endgültige Entstehung in der Regel davon ab, daß die Nichterfüllung des Prinzipalanspruchs auf einem Verschulden des Beklagten beruht; es muß also zu der positiven Voraussetzung der Unmöglichkeit bezw. des Fristablaufs die negative Voraussetzung der Nichtschuldlosigkeit des Beklagten hinzutreten. Allein ein Anspruch kann auch in mehrfacher Weise bedingt sein; eine komplizierte Verklausulierung macht eine urteilsmäßige Feststellung nicht unmöglich, sofern nur die Möglichkeit besteht, den Eintritt oder Ausfall der Bedingungen einwandfrei festzustellen. Das letztere ist aber durch unser Zwangsvollstreckungsverfahren genügend gewährleistet; kann doch der Ersatzanspruch nur zur Vollstreckung gelangen, wenn seine sämtlichen Voraussetzungen in dem gemäß § 731 über die Erteilung

der Vollstreckungsklausel anzustrengenden Prozeß festgestellt werden; in diesem Verfahren hat insbesondere der Schuldner seine gegen die Existenz des Anspruchs gerichteten Einwendungen, da diese insoweit sich auch gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel richten, geltend zu machen; er hat fernerhin auch nach Erteilung der Klausel noch die Möglichkeit, die den Ersatzanspruch selbst betreffenden Einwendungen im Vollstreckungsverfahren gemäß § 767 zur Geltung zu bringen. Für eine einwandfreie Prüfung des Eintritts sämtlicher Existenzbedingungen des zukünftigen Anspruchs ist also sowohl vor wie nach Erteilung der Vollstreckungsklausel in so ausreichender Weise Sorge getragen, daß aus der mehrfachen Bedingtheit des zukünftigen Anspruchs Bedenken gegen eine Verurteilung nicht hergeleitet werden können.

Die dritte, und zwar die gewichtigste Gruppe von Einwendungen hat ebenfalls Siegel a. a. O. im Anschluß an die Bemerkungen von Gaupp-Stein zu § 255 CPO. aufgestellt. Sie stützen sich darauf, daß der fragliche Ersatzanspruch selbst nach Inhalt und Umfang zur Zeit der Verurteilung noch gar nicht bestimmbar sei, da beides sich erst nach der Verurteilung entscheide. Schon der Umstand jedoch, daß diese Zweifel sich ausschließlich bei solchen Ersatzansprüchen, die auf das Interesse gehen, ergeben, zeigt, daß jedenfalls prinzipielle Einwendungen aus ihnen nicht hergeleitet werden können; sie können höchstens im Einzelfall zur Ablehnung eines Urteils aus § 259 führen wegen Unmöglichkeit seiner Formulierung. Wo aber in der Tat Anhaltspunkte für die sofortige Feststellung des Inhalts und Umfangs des Ersatzanspruches fehlen, da wird die von Hellwig (Anspruch S. 114 ff.) angeregte Frage brennend, ob eine Vorabentscheidung über den primären Anspruch durch Teilurteil unter Vorbehalt der näheren Angaben über Art und Höhe der Ersatzleistung, also unter Vorbehalt der Fortsetzung des Prozesses über den Ersatzanspruch nach positiv feststehender oder fingierter Erfolglosigkeit des primären Anspruchs analog der Bestimmung des § 254 CPO. zulässig sei oder nicht.

Die Bedeutung des § 254 liegt darin, daß er den Kläger von dem Erfordernis einer bestimmten Angabe des geforderten Gegenstandes und damit von dem Erfordernis eines bestimmten Antrags

ausnahmsweise entbindet. Diese Ausnahme von dem Prinzip des § 253 erscheint deshalb gerechtfertigt, weil der Kläger zur genauen Angabe des Geforderten erst nach siegreicher Durchführung bestimmter Hilfsansprüche in der Lage ist; sie soll ihm ermöglichen, aus prozeßökonomischen Gründen beide Ansprüche, den Hilfsanspruch und den Hauptanspruch in einem Prozeß zu verfolgen. Genau dasselbe trifft zu für das Verhältnis des Ersatzanspruches zum Prinzipalanspruch. Auch hier hat der Kläger ein Interesse daran, zu vermeiden, daß er das Ergebnis der Durchführung des Prinzipalanspruchs abwarten muß, ehe er den Ersatzanspruch im Wege der Klage verfolgen kann. Es fragt sich daher, ob die Rechtspflege an einer derartigen Kumulation des Prinzipal- und und des Ersatzanspruches dasselbe Interesse hat wie an derjenigen des Hilfs- und des Hauptanspruches in den Fällen des § 254. In den vom § 254 ausdrücklich hervorgehobenen Fällen rechtfertigt sich nun aber die Kumulation mit Rücksicht auf das von RGE. 40, S. 7 hervorgehobene innere Verhältnis der Ansprüche. Diese stehen nämlich im Verhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch in dem Sinn, daß der Kläger beide Ansprüche auf derselben rechtlichen Grundlage zur Erreichung desselben Zweckes, nämlich der Befriedigung desselben klägerischen Rechtes anstellt, daß, wie sich die zitierte Reichsgerichtsentscheidung ausdrückt, der Kläger denselben Endzweck mittelbar durch den Hilfsanspruch und unmittelbar durch den Hauptanspruch verfolgt. Diese innere Zusammengehörigkeit der Ansprüche, die Identität ihres Zwecks ist der Grund, der im Interesse der Prozeßvereinfachung und zur Wahrung des berechtigten Interesses des Klägers an möglichst ungeteilter Verfolgung dieses Zweckes eine Zersplitterung der demselben dienenden Wege in verschiedene Prozesse verbietet. Ganz ebenso aber liegen die Dinge bei den Ersatzklagen: auch hier stehen dem Kläger zur Erreichung desselben Zwecks, nämlich zur Befriedigung desselben Rechtsverhältnisses, verschiedene Wege zu Gebote, von denen der eine sich als der unmittelbare, der andere sich als der mittelbare darstellt: auch hier stehen die Ansprüche in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis, insofern der mittelbare Befriedigungsanspruch inhaltlich

erst näher dargetan werden kann, nachdem der Erfolg des unmittelbaren feststeht, wie dort der unmittelbare Befriedigungsanspruch vom Erfolg des mittelbaren abhängt. Mit Rücksicht auf diese Wesensgleichheit beider Fälle dürfte somit Hellwig zuzustimmen und im Weg der Analogie die Ausdehnung der durch § 254 geschaffenen Ausnahme auf unsere Fälle anzuerkennen sein, womit auch der letzte Einwand von Siegel in Wegfall käme.

Im Anschluß hieran sei kurz auf den ablehnenden Standpunkt hingewiesen, den Josef in Gruchot 47, S. 492 ff. zu einer Kumulation beider Ansprüche einnimmt. Seiner Begründung, die darauf hinausläuft, daß sich im Gesetz nirgends Anhaltspunkte dafür finden, daß man die Verbindung derartiger Ansprüche habe zulassen wollen, kann lediglich damit entgegengetreten werden, daß sich ebensowenig Anhaltspunkte für das Gegenteil finden, und daß gerade jene Stelle der Begründung zur Novelle von 1898, die Josef zitiert, gegen seine Auffassung spricht; denn dort heißt es, daß ein Bedürfnis zur Entscheidung der Frage, ob mit der Klage auf die den Gegenstand des Anspruchs bildende Leistung die eventuelle Klage auf Schadensersatz verbunden werden könne, um so weniger vorliege, „als die Rechtsprechung schon jetzt eine solche Verbindung zulasse", eine Fassung, aus welcher sich eher eine prinzipielle Anerkennung als eine Ablehnung dieser Verbindung entnehmen läßt.

Einen eigenartigen Versuch, wenigstens diejenigen Fälle, in welchen die Entstehung des Ersatzanspruchs von fruchtlosem Fristablauf abhängt, unter Umgehung des § 259 zu lösen, hat Eccius in Weiterführung eines von ihm schon in Gruchot 41, S. 885 ff. eingeschlagenen Weges in Gruchot 47, S. 152 gemacht: er steht auf dem Standpunkt, daß der Kläger, der eine Frist setzt oder durch das Gericht setzen läßt, an die Fristsetzung insofern gebunden ist, als er während des Fristenlaufs nicht zur Vollstreckung des prinzipalen Anspruchs schreiten darf; daraus folgert er, daß in diesen Fällen sich eigentlich die facultas des Gläubigers in eine solche des Schuldners verwandle in dem Sinne, daß die eigentliche Verbindlichkeit des Schuldners jetzt hinter den Prozeß verlegt

werde und in der Leistung des Ersatzanspruches bestehe, wobei ihm nur die Möglichkeit zustehe, die Vollstreckung des Ersatzanspruchs durch Gewährung der Prinzipalleistung vor Ablauf der Frist abzuwenden; die Verurteilung muß also nach Eccius sofort auf den Ersatzanspruch unter ausdrücklichem Vorbehalt der Ablösungsmöglichkeit gehen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß nicht einzusehen ist, wie die bloße Fristsetzung im Gegensatz zum Fristablauf schon einen unbedingten Anspruch auf die Ersatzleistung schaffen soll, zumal da als weitere Bedingung für dessen Entstehung regelmäßig ein im Augenblick der Klageerhebung noch gar nicht feststellbares Verschulden des Beklagten hinzuzutreten hat; außerdem aber ist der Ausgangspunkt, von dem aus Eccius zur Umkehrung der Rechtslage gelangt, meines Erachtens unrichtig: die Fristsetzung bindet den Kläger in keiner Weise und hindert ihn nicht an der Verfolgung des prinzipalen Anspruchs; damit entfällt die von Eccius konstruierte Umwandlung der facultas des Gläubigers in eine solche des Schuldners von selbst.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß da, wo man das Vorliegen eines die Anwendung des § 259 rechtfertigenden Interesses vielleicht mit Grund bezweifeln mag, der Kläger doch wenigstens die Möglichkeit hat, bezüglich des Ersatzanspruches salva liquidatione ein Feststellungsurteil zu erlangen. Dies ist bezüglich bedingter Ersatzansprüche zweifellos, es muß aber auch bezüglich der in ihrem ganzen Umfang erst künftig entstehenden Ersatzansprüche gelten, da in allen diesen Fällen der Ersatzanspruch aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis erwächst[1]. Das in § 256 geforderte Feststellungsinteresse ist, wie Bracklo S. 21 mit Recht ausführt, darin gelegen, daß die Verfolgbarkeit des Ersatzanspruchs noch in der Zukunft liegt und die gerade hierin liegende Gefahr der Unsicherheit durch eine Feststellungsklage beseitigt, somit die ganze Rechtslage des Klägers hierdurch gebessert wird[2].

[1] Gaupp-Stein, § 256 II, 1, d und RGE. 49 S. 370.
[2] Ebenso Hellwig, Anspruch S. 115.

Über die prozessuale Durchführung dieser Klagenverbindung ist im einzelnen folgendes zu sagen:

Daß § 5 CPO. auf die Wertsberechnung keine Anwendung findet, ergibt sich ohne weiteres aus dem Subsidiaritätsverhältnis der Ansprüche; bei Verschiedenheit des Streitwerts entscheidet der höhere Wert[1].

Stellt sich erst im Prozeß heraus, daß die Umwandlung des ursprünglich allein eingeklagten Prinzipalanspruchs in den Ersatzanspruch schon vor dem Prozeß stattgefunden hat, oder findet sie während des Prozesses statt, so hätte der Kläger seinen Antrag gemäß § 268 Ziff. 3 zu ändern. Hat der Kläger jedoch mit der Möglichkeit dieser Umwandlung von vornherein gerechnet und daher vorsorglich auch den Ersatzanspruch in die Klage aufgenommen, so hat er nunmehr im Wege des § 268 Ziff. 2 bezüglich des Ersatzanspruches von der Klage auf künftige Leistung, bezw. von der Feststellungsklage zur Klage auf gegenwärtige Leistung überzugehen.

Tritt während des Prozesses weder die Umwandlung ein, noch wird sie in dieser Zeit bekannt, so fordert der Kläger doppelte Entscheidung; bei Spruchreife nur des einen Anspruchs kann Teilurteil ergehen; letzteres m u ß ergehen, wenn zufolge analoger Anwendung des § 254 die Entscheidung über den Ersatzanspruch ausgesetzt wird.

Für die Zwangsvollstreckung gilt folgendes: Der prinzipale Anspruch wird nach den gewöhnlichen Regeln vollstreckt. Erlangt der Kläger durch ihn seine Befriedigung, so ist das Schuldverhältnis damit erledigt; die für die unbedingte Wirksamkeit des Ersatzanspruches erforderliche Bedingung ist ausgefallen. Dies hat der Schuldner nötigenfalls gemäß § 767 zur Geltung zu bringen. Will der Kläger den Ersatzanspruch auf Grund des Urteils betreiben, so hat er sämtliche Voraussetzungen seiner unbedingten Entstehung, d. h. den Eintritt sämtlicher mit ihm verknüpfter Bedingungen gemäß § 726, eventuell in dem nach § 731 einzuleitenden Verfahren nachzuweisen. Ohne ausdrückliche Erteilung der

[1] Gaupp-Stein, § 3 I d und das dort in Note 22 zitierte RG.

Vollstreckungsklausel gerade für den Ersatzanspruch ist dessen Vollstreckung unzulässig. Der Schuldner kann seine gegen die Existenz des Ersatzanspruchs, bezw. gegen dessen unbedingte Wirksamkeit gerichteten Einwendungen gemäß § 731 und § 732 schon im Streit um die Vollstreckungsklausel geltend machen, doch hindert die Unterlassung an dieser Stelle nicht ihre nachträgliche Geltendmachung gemäß § 767, da weder in § 731, noch in § 732 eine materielle Anspruchsentscheidung den Gegenstand der Verhandlung bildet.

Mit dem Eintritt der Existenzbedingungen des Ersatzanspruches tritt dieser an die Stelle des Prinzipalanspruchs, der letztere wird also hinfällig; auch dies hätte der Schuldner nach § 767 geltend zu machen. Dabei ist zu beachten, daß das bloße Betreiben des Ersatzanspruches nur im Falle der eigentlichen facultas alternativa des Gläubigers den Untergang des Prinzipalanspruches herbeiführt; da eben in diesem Verlangen die einzige Bedingung für die Umwandlung erfüllt, die letztere somit unwiderruflich vor sich gegangen ist, so ist hier dem Kläger ein Zurückgreifen auf den Prinzipalanspruch nicht mehr möglich. Es ist dies zugleich der einzige Fall, wo sich ein förmliches Verfahren über die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bezüglich des Ersatzanspruchs im Sinne der §§ 726, 731 erübrigt, die Vollstreckungsklausel vielmehr sofort mit der Vollstreckbarkeit des Prinzipalanspruchs auch hinsichtlich des Ersatzanspruchs zu erteilen ist, da die einzige Tatsache, von welcher die Vollstreckung des Ersatzanspruches abhängt, eben seine Betreibung selbst ist. In den übrigen Fällen dagegen kann der Kläger, wenn sich sein Verlangen auf die Ersatzleistung im Verfahren über die Erteilung der Vollstreckungsklausel als unbegründet herausgestellt hat, weil die Bedingungen unbeschränkter Wirksamkeit des Ersatzanspruches noch nicht erfüllt sind, ohne weiteres nunmehr die Vollstreckung des prinzipalen Anspruchs wieder aufnehmen, da dieser durch das bloße Fordern der Ersatzleistung nicht berührt worden ist.

Literatur-Nachweis.

Bolgiano in Zeitschrift für Zivilprozeß 23, S. 25: „Zur Lehre von der Klagänderung".

Derselbe in Zeitschrift für Zivilprozeß 23, S. 268: „Urteil im Fall unsubstantiierter Klage".

Bracklo, Heidelberger Dissertation 1909: „Die Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers im Prozeß".

Buccerius in Zeitschrift für Zivilprozeß 37, S. 193: „Eventuell verbundene Anträge".

Eccius in Gruchot Bd. 33, S. 139, 36, S. 142, 41, S. 885, 47, S. 152.

Fitting, Der Reichszivilprozeß.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1908.

Derselbe. Lehrbuch des Zivilprozesses, Bd. I—III. 1903—1909.

Josef in Gruchot 47, S. 479.

Kayser im Archiv f. d. zivil. Praxis 70, S. 455: „Beiträge zur Feststellungsklage".

Kleinfeller, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. II. Aufl. 1910.

Krückmann im Archiv f. d. zivil. Praxis 101, S. 1: „Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß".

Lämmert in Zeitschrift für Zivilprozeß 16, S. 428: „Eventuelle Klageverbindung".

Leonhardt in Iherings Jahrb. 41, S. 11: „Die Wahl bei der Wahlschuld".

Marquard in Jurist. Wochenschrift 1909, S. 37.

Meyer in Zeitschrift für Zivilprozeß 23, S. 32: „Widersprechende Behauptungen und Erklärungen."

Pähler in Deutscher Juristenzeitung 1908, S. 190.

Petersen in Zeitschrift für Zivilprozeß 16, S. 493: „Eventuelle Klagebegehren etc."

Pfizer in Zeitschrift für Zivilprozeß 21, S. 367: „Eventuelles Vorbringen."

Pünder zu § 510 b CPO., Zeitschrift für Zivilprozeß 41, S. 47 ff.

Regelsberger in Iherings Jahrb. 16, S. 157: „Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers."

Reichel in Zeitschrift für Zivilprozeß 40, S. 107 ff.

Rocholl in Zeitschrift für Zivilprozeß 8, S. 329: „Die Feststellungsklage im heutigen Klagensystem."

Rümelin im Archiv f. d. zivil. Praxis 88, S. 87: „Klagänderung und Rechtskraft."
Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozesses. II. Aufl. 1906.
Schmidt, Richard, Die Klagänderung. 1888.
Schollmeyer in Zeitschrift für Zivilprozeß 12, S. 290.
Siegel in Jurist. Wochenschrift 1910, S. 55.
Wach, Handbuch des Zivilprozesses I. 1885.
Derselbe. Vorträge. II. Aufl. 1896.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.
Westendorf, Heidelberger Dissertation, 1908: „Die objektive Klagenhäufung."
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878.
Außerdem die Kommentare von
Gaupp-Stein (8./9. Aufl.), Petersen, Remelé und Anger (5. Aufl.), Seuffert (9. u. 11. Aufl.), Struckmann-Koch (8. Aufl., bearbeitet von Rusch, Koch und Struckmann jun.), Wilmowski-Levy (7. Aufl., bearbeitet von Skonietzky und Gelpcke), sowie die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.